



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

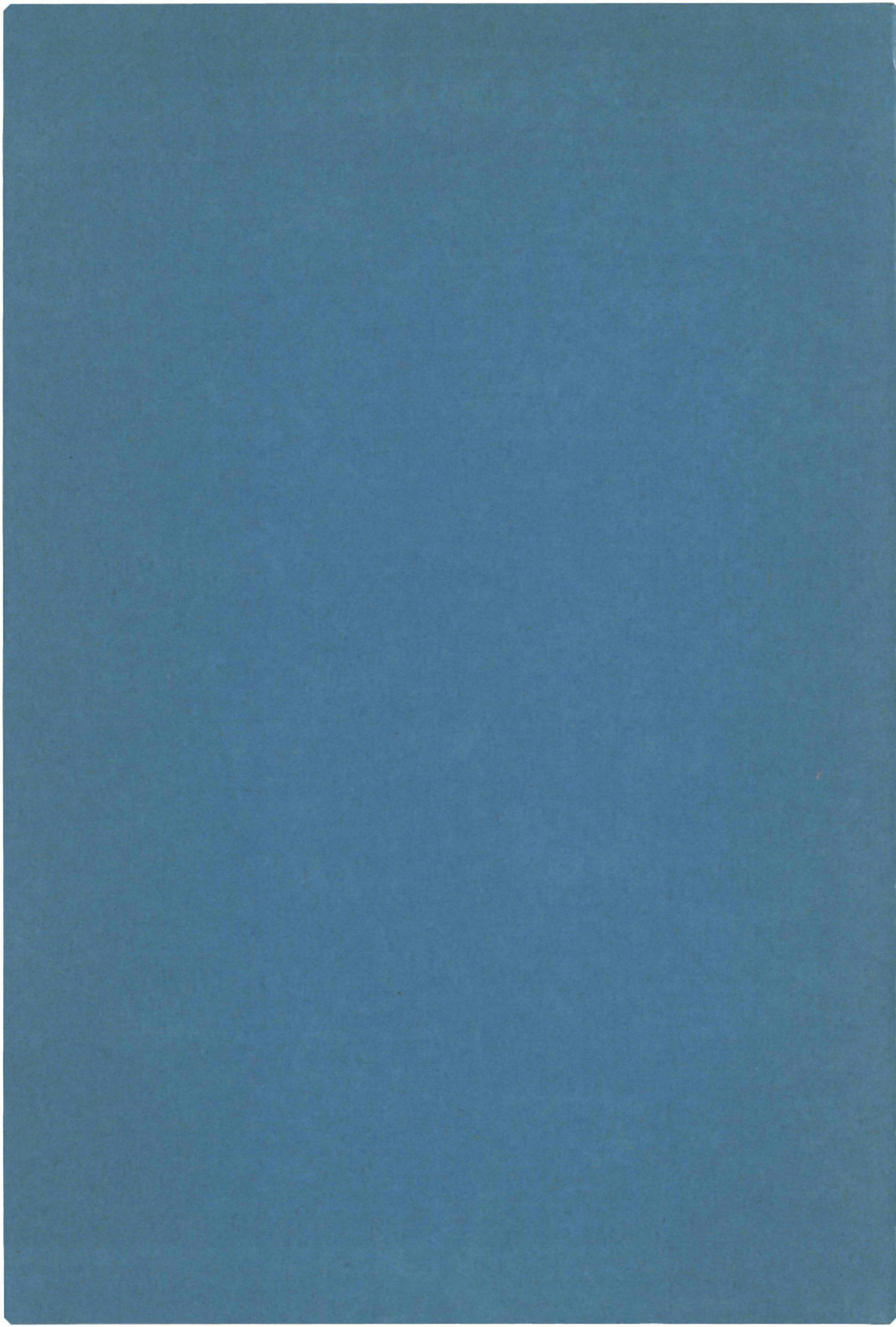
<http://hdl.handle.net/2066/148183>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

2745

**GEMEENTEN
EN BESTUURSDWANG**

MR. H. A. W. SNIJDERS



Gemeenten en bestuursdwang

Promotor: Prof. Mr. S. F. L. Baron van Wijnbergen

Gemeenten en bestuursdwang

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen op gezag van de waarnemend Rector Magnificus Prof. Mr. W. C. L. van der Grinten volgens besluit van het College van Dekanen in het openbaar te verdedigen op 10 september 1982 des namiddags te 4 uur, door

Hubertus Antonius Wilhelmus Snijders

geboren te Tegelen

Inhoud

Lijst van afkortingen	IX
Woord vooraf	XI
1 Inleiding	13
1.1 Verantwoording	13
1.2 Afgrenzing van het onderzoeksterrein	15
1.3 Indeling in hoofdstukken	15
2 Het begrip bestuursdwang	17
2.1 De woorden politiedwang en bestuursdwang	17
2.2 Het begrip bestuursdwang	20
2.2.1 Repressief en preventief optreden	20
2.2.2 Bestuursdwang; een verplichting of een bevoegdheid?	25
2.2.3 Het kostenvraagstuk	27
2.2.4 Het orgaan dat bestuursdwang toepast	28
2.2.5 Bestuursdwang zonder voorafgaand rechterlijk vonnis	31
2.2.6 De sterke arm	35
2.2.7 Conclusie	36
3 De gemeentelijke organen die omtrent bestuursdwang kunnen besluiten	39
4 De besluiten ten aanzien waarvan de gemeente bestuursdwang kan toepassen	50
4.1 Bestuursdwang bij overtreding van algemeen verbindende voorschriften	50
4.2 Bestuursdwang bij niet-naleving van voorwaarden	51
5 Het bestuurlijk toezicht op bestuursdwang	62
5.1 Algemeen	62

5.2	Het preventieve toezicht	62
5.3	Het repressieve toezicht	63
5.4	Het toezicht bij taakverwaarlozing	68
5.5	Het binnengemeentelijke toezicht	74
6	De rechtsbescherming tegen bestuursdwang	76
6.1	Algemeen	76
6.2	De gevolgen van de rechterlijke opvatting, dat de waarschuwing een beschikking is	80
6.3	Hoe kunnen de onbevredigende gevolgen van de huidige rechtsbescherming ongedaan worden gemaakt?	97
7	Bestuursdwang en andere sancties in het bestuursrecht	106
7.1	Algemeen	106
7.2	De preventieve werking van bestuursdwang en strafsancties	107
7.3	De verhouding tussen de toepassing van bestuursdwang en de toepassing van de strafsanctie	111
7.4	De strafbaarheid als relevantie voor de toepassing van bestuursdwang	116
7.5	De toepassing van de sanctiemiddelen	118
8	De grenzen ten aanzien van bestuursdwang	121
8.1	Algemeen	121
8.2	De grenzen van de bevoegdheid tot bestuursdwang	121
8.2.1	De waarschuwing	122
8.2.2	De belanghebbende die bij bestuursdwang gewaarschuwd moet worden	126
8.2.3	Het verbod van willekeur	131
8.2.4	'Détournement de pouvoir'	133
8.2.5	Het gelijkheidsbeginsel	134
8.2.6	Het zorgvuldigheidsbeginsel	135
8.2.7	Het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel	137
8.2.8	Het motiveringsbeginsel	138
8.2.9	Conclusies	139
8.3	De grenzen van de toepassing van bestuursdwang	140
8.3.1	De grenzen van geschreven en ongeschreven recht	140
8.3.2	De praktische grenzen - algemeen	145
8.3.3	De geconstateerde praktische grenzen	148

8.3.4	Hoe kan aan de praktische problemen worden tegemoet gekomen?	156
9	Alternatieven	175
9.1	Algemeen	175
9.2	Het afsluiten van gas, elektriciteit en water	177
9.3	Het opleggen van een waarborgsom	182
9.4	Het gebruiken van strafrechtelijke dwangmiddelen	185
9.5	Het verbod via kort geding	186
9.6	Het opleggen van een dwangsom	188
10	Het kostenverhaal	198
10.1	Kostenverhaal, bevoegdheid of plicht?	198
10.2	De procedure van invordering van de kosten	202
10.3	Welke kosten kunnen worden ingevorderd?	203
10.4	Praktische problemen bij de invordering van de kosten	208
10.5	Kostenverhaal en enkele recente rechterlijke uitspraken	212
10.6	De kostenverhaalsregeling, zoals voorgesteld door de Werkgroep Herziening Gemeentewet	223
	Noten	227
	Lijst van aangehaalde literatuur	272
	Zakenregister	281
	Samenvatting	284
	Zusammenfassung	289

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABAR	Algemene Bepalingen van Administratief Recht
Afd.	Afdeling
ARBO	Administratieve Rechtspraak Bedrijfsorganisatie
AROB	Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen
BB	Binnenlands Bestuur
BBl	Bondsblad
B en W	Burgemeester en Wethouders
BR	Bouwrecht
BW	Bestuurswetenschappen
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DD	Delict en Delinquent
Gedr. St.	Gedrukte Stukken
GS	De Gemeentestem
HR	Hoge Raad
Jur.	Jurisprudentie
KB	Koninklijk Besluit
M en R	Tijdschrift voor Milieu en Recht
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NG	De Nederlandse Gemeente
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
OB	Officiële Bekendmakingen
RMT	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RvdW	Rechtspraak van de Week
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving, tijdschrift voor Europees en economisch recht
S(tb)	Staatsblad

tB/S	Ten Berge/Stroink
TvO	Tijdschrift voor Openbaar Bestuur
VAR	Vereniging voor Administratief Recht
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
Vz.	Voorzitter
WGB	Weekblad voor Gemeentebelangen
Wnd. Vz.	Waarnemend Voorzitter
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
W(vhR)	Weekblad van het Recht

Woord vooraf

Gaarne wil ik mijn erkentelijkheid tot uitdrukking brengen voor alle ideële en materiële steun, die ik bij het schrijven van dit proefschrift heb mogen ontvangen.

In het bijzonder wil ik Tineke van der Vhee bedanken voor haar type-werk en de heer A. Westerfeld, Staatsanwalt te Kleef (Dtl.) voor zijn hulp bij het vertalen van de samenvatting.

Grote bijstand bij het tot een goed einde brengen van dit proefschrift verleende Nelly, die mij, ook in moeilijke perioden, op de juiste wijze in mijn werk afremde en stimuleerde.

Nijmegen

maart 1982

1 Inleiding

1.1 Verantwoording

Sinds W. F. Prins en H. D. van Wijk voor de Algemene Vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 21 mei 1954 hun prae-adviezen over 'Politiedwang' hebben uitgebracht, is er in Nederland geen monografie meer verschenen waarin over dit bestuurlijk handhavingsmiddel afzonderlijk een studie is verricht.

Het onderwerp bestuursdwang - dit woord prefereer ik om nog te vermelden redenen¹ boven 'politiedwang' - heeft in de literatuur, de wetgeving en de jurisprudentie echter in niet-aflatende en vooral het laatste decennium in toenemende mate in de belangstelling gestaan. Het lijkt mij dan ook, dat een nieuwe studie daarnaar zinvol is.

Verder hebben gemeentebesturen en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten er bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken op aangedrongen, een studie te laten verrichten ten behoeve van het verbeteren van de wettelijke regelingen die de bevoegdheid tot bestuursdwang bevatten. Dit vooral, omdat de huidige regelingen niet altijd goed zouden functioneren en er bij de toepassing van bestuursdwang problemen van praktische aard zouden zijn. Om deze redenen zouden gemeentebesturen dit middel vaak zelfs niet kunnen aanwenden om de naleving van verplichtingen rechtstreeks veilig te stellen, hoewel deze naleving bestuursrechtelijk gezien gewenst is. Hierdoor komt het algemeen belang, dat de gemeentebesturen moeten behartigen, ernstig in gevaar. Deze en andere argumenten leidden ertoe, dat gemeentebesturen een oplossing voor dit dilemma zochten, onder andere² door zich - in kort geding - tot de burgerlijke rechter te wenden teneinde op basis van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek een verbod op overtreding van een wettelijk voorschrift, gesanctioneerd door oplegging van een dwangsom, te verkrijgen.

De Hoge Raad heeft bij zijn arrest van 9 november 1973³ uitgemaakt dat een vordering van een dergelijke strekking in principe niet

voor toewijzing vatbaar is, omdat 'het algemeen belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de . . . wettelijke voorschriften op zichzelf niet behoort tot de belangen welke artikel 1401 . . . (van het Burgerlijk Wetboek) beoogt te beschermen'.

In verband met deze uitspraak, waardoor een oplossing voor die problemen in het bestuursrecht moet worden gezocht, en mede gezien het feit dat het bestuursrecht in omvang steeds verder is toegenomen en ook steeds ingewikkelder is geworden, is het gerechtvaardigd, te onderzoeken hoe het instrument bestuursdwang functioneert, met welke problemen overheidslichamen te kampen hebben bij de toepassing van dat instrument en of de problemen dermate ernstig zijn, dat de huidige wettelijke regelingen ten aanzien van bestuursdwang in de toekomst dienen te worden veranderd, en of de regelingen moeten worden uitgebreid met een alternatief voor bestuursdwang.

Na bedoelde uitspraak zijn van de kant van de centrale overheid onder meer de volgende stappen ondernomen.

De Minister van Justitie heeft de Presidenten van de Rechtbanken de vraag voorgelegd, of zij het wenselijk zouden achten dat een wettelijke regeling in het leven zou worden geroepen om te bereiken dat bij voorziening in kort geding overtreding van een gemeentelijke verordening door een burger op vordering van de betrokken gemeente zou kunnen worden verboden.⁴

De Minister van Binnenlandse Zaken heeft in 1978 aan de Stichting Katholieke Universiteit te Nijmegen opdracht gegeven tot het doen verrichten van onder meer⁵ een inventariserend onderzoek naar de aard en de ernst van de feitelijke problemen waarmee gemeentebesturen bij de toepassing van bestuursdwang worden geconfronteerd. Van dat onderzoek, dat door mij is verricht, werd aan de Minister in februari 1979 een interim-rapport⁶ uitgebracht; in februari 1980 volgde een eindrapport.⁷ De resultaten van dat onderzoek worden bij deze studie betrokken.

Voorts is als gevolg van de jurisprudentie van de AROB-rechter op het gebied van de bestuursdwang het systeem van de rechtsbescherming, vergeleken met dat van vóór die tijd bij de gewone rechter, belangrijk gewijzigd. Bovendien is op het terrein van bestuursdwang een stroom van AROB-uitspraken gepubliceerd, die soms zeer opmerkelijk waren en in de literatuur tot hevige kritiek aanleiding hebben gegeven. Deze feiten maken een onderzoek daarnaar voor praktijk en theorie nuttig.

Een andere reden om de werking van het instrument bestuursdwang

te bestuderen, is gelegen in de omstandigheid dat er concrete plannen bestaan om de Gemeentewet te herzien. Het is belangrijk, dat ten behoeve van de herziening daarvan op het punt van de bestuursdwangbepalingen bestudeerd wordt, hoe een en ander thans functioneert en welke verbeteringen daarin eventueel wenselijk zijn. In deze studie is gepoogd daartoe een bijdrage te leveren, waarbij onder andere rekening is gehouden met de voorstellen dienaangaande in het voorlopig ontwerp, delen 1 en 2, van De gemeentewet herzien,⁸ de - veelal op bedoelde rapporten steunende - aanbevelingen ter zake van de Werkgroep Herziening Gemeentewet⁹ en de reacties daarop.

1.2 Afgrenzing van het onderzoeksterrein

Het onderzoeksterrein is - onder andere vanwege het feit dat er diverse overheidsorganen zijn die bestuursdwang kunnen toepassen en gezien de verscheidenheid aan wettelijke voorschriften die bestuursrechtelijke verplichtingen bevatten, waarbij bestuursdwang ter sprake kan komen - dermate omvangrijk, dat bij deze studie een aantal beperkingen moest worden aangebracht.

In verband hiermee heeft het onderzoek zich bepaald tot bestuursdwang door gemeentebesturen. Voorts is deze studie beperkt tot de toepassing van bestuursdwang voor zover die betrekking heeft op de handhaving van bestuursrechtelijke voorschriften. In subparagraaf 2.2.7 ga ik daar nader op in.

Tenslotte dienden beperkingen te worden aangebracht op afzonderlijke deelterreinen. Deze hangen samen met het specifieke karakter van de te bestuderen deelterreinen. Omdat een bespreking van die beperkingen in deze algemene inleiding niet verhelderend zou werken, zijn ze alleen in de desbetreffende paragrafen besproken.

Het kostenverhaalsaspect daarentegen is wel bij deze studie betrokken, omdat het verhaal van kosten verband kan houden met de problemen die bij de toepassing van bestuursdwang ontstaan.

Rest hier nog te vermelden, dat het manuscript is afgesloten op 1 maart 1982.¹⁰

1.3 Indeling in hoofdstukken

De indeling in hoofdstukken is globaal als volgt. Na de algemene in-

leiding in het onderhavige hoofdstuk worden in hoofdstuk 2 het begrip bestuursdwang en de met dat begrip verband houdende onderdelen behandeld.

In hoofdstuk 3 komt aan de orde welke gemeentelijke organen omtrent bestuursdwang kunnen besluiten, terwijl in hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de besluiten die door de gemeente met bestuursdwang kunnen worden bekrachtigd.

In hoofdstuk 5 wordt het toezicht door hogere overheden op de besluitvorming ten aanzien van bestuursdwang behandeld, alsmede het binnengemeentelijke toezicht daarop.

Hoofdstuk 6 handelt over de voor- en nadelen van de huidige rechtsbescherming tegen bestuursdwang.

De relatie tussen bestuursdwang en andere sancties in het bestuursrecht wordt in hoofdstuk 7 aan de orde gesteld. Daarin wordt met name ingegaan op de verhouding tussen bestuursdwang en de strafsanctie.

In hoofdstuk 8 worden de grenzen van bestuursdwang behandeld. In dit hoofdstuk zal vooral ook de jurisprudentie ter zake van de AROB-rechter nader beschouwd worden. Voorts komen de praktische grenzen aan de orde.

Mogelijke alternatieven voor bestuursdwang worden besproken in hoofdstuk 9.

Hoofdstuk 10 betreft het kostenverhaal bij bestuursdwang.

2 Het begrip bestuursdwang

2.1 De woorden politiedwang en bestuursdwang

De Gemeentewet spreekt sinds 1964¹ over politiedwang; ook in enkele andere wetten komt dit woord voor.² Het woord politiedwang is geschapen door G. Polak Daniëls in diens uit 1876 daterende dissertatie³ over artikel 180 (thans 210) van de Gemeentewet. De redacteur van *De Gemeentestem*⁴ ontkende Polaks auteurschap, aangezien uit het proefschrift van Brandes de Roos⁵ zou blijken dat het woord reeds is voorgekomen in handelingen van de Provinciale Staten van Utrecht van 10 november 1857 en van de Provinciale Staten van Gelderland van 3 november 1863. Deze ontkenning is echter onjuist. Bij bestudering van de genoemde provinciale stukken is mij gebleken, dat in de desbetreffende handelingen weliswaar gesproken wordt over het *begrip* politiedwang, maar de *term* 'politiedwang' daarin niet voorkomt.

Hoewel het destijds misschien duidelijk was, momenteel ontstaat bij het gebruik van vooral het woord politie, maar ook van het woord dwang, vaak verwarring omtrent de juiste betekenis ervan.⁶

Het eerste deel van het samengestelde woord politiedwang geniet onder juristen een zekere beruchtheid, omdat het gebezigd wordt in zo veel verschillende betekenissen, dat verwarring en misverstand welhaast onvermijdelijk zijn.⁷ Tegenwoordig heeft bij ons het woord politie vooral betrekking op een apparaat en niet langer op een functie.⁸ Bij het daadwerkelijk optreden, met name tegen overtreding van bestuursrechtelijke regels, behoeft het politie-apparaat echter niet noodzakelijk betrokken te zijn.⁹ Bovendien geschiedt het feitelijk overheidsoptreden niet als gevolg van een besluit van het politie-apparaat, maar over het algemeen door of krachtens een besluit van een bestuursorgaan als uitvoerder van de wet¹⁰ en/of als handhaver van de openbare orde.¹¹

Het bestuur kan zich bij dat optreden bedienen van derden of onder-

geschikten. Wanneer bijvoorbeeld politiedwang wordt toegepast in verband met een overtreding van de Woningwet omdat er clandestien gebouwd is, dan treden, namens het gemeentebestuur, 'gemeentelijke bouwvakkers'¹² of particuliere aannemers of slopers op. Politie-agenten worden daarbij slechts ingeschakeld, indien problemen (zoals de mogelijkheid van fysiek verzet van de overtreders, verstoring van de openbare orde en dergelijke¹³) te verwachten zijn. Dit gebeurt onder meer om degenen die namens het gemeentebestuur optreden, te beschermen. Het misverstand echter dat het bij politiedwang zou moeten gaan om ingrijpen door leden van het politiekorps, is reeds oud.¹⁴

Ook indien men de term politie als functie opvat, levert dit evenwel problemen op. Het door Van Vollenhoven¹⁵ (hierin thans nog gevolgd door Stellinga¹⁶) gemaakte onderscheid tussen politie- en overige bestuursfunctie, acht Donner¹⁷ - en met hem vele andere schrijvers¹⁸ - geen verrijking. De werkzaamheden die volgens Van Vollenhoven tot de politiefunctie behoren, zijn, menen die schrijvers, te veel met die van het bestuur in het algemeen verweven, dan dat zij eruit los kunnen worden gemaakt of ervan kunnen worden gescheiden.

Het tweede deel van het woord politiedwang levert eveneens moeilijkheden op. Feitelijke dwang is niet altijd vereist. De term politiedwang gebruikt men bijvoorbeeld ook, wanneer het bestuur bij de afbraak van een in strijd met de wet gerealiseerd bouwwerk hoegenaamd niet op verzet stuit.¹⁹

Overigens ligt een dreiging met een bepaald soort geweld wel besloten in het dwingend karakter van het overheidsoptreden door middel van politiedwang, evenals in elk ander gelegitimeerd overheids-optreden - namelijk de dreiging dat met het gewapende machtsapparaat zal worden opgetreden, indien zodanig verzet gepleegd wordt, dat bedoeld overheidsoptreden belemmerd of verhinderd wordt. Dit wordt door de redactie van bijvoorbeeld artikel 210 van de Gemeentewet uiteraard niet uitgesloten.²⁰

Op het laatste deel van het woord politiedwang dient derhalve niet te sterk de nadruk te worden gelegd. Daarin wordt 'slechts' tot uitdrukking gebracht dat het feitelijke optreden desnoods met geweld ten uitvoer kan worden gelegd.

Recentelijk wordt de term bestuursdwang genoemd als vervanging voor 'politiedwang'.²¹ Deze nieuwe term verdient naar mijn mening de voorkeur, omdat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat het

gaat om een optreden door het openbaar bestuur. Het opnemen van deze term in de nieuwe Gemeentewet, zoals voorgesteld door de Werkgroep Herziening Gemeentewet,²² is uit een oogpunt van exacte woordkeus dan ook aan te bevelen.

Een andere reden om 'politiedwang' te vervangen, is gelegen in het feit dat de laatste tijd ook de term 'strafvorderlijke politiedwang'²³ gebezigd wordt. Daarmee wordt, globaal genomen, gedoeld op een in het Wetboek van Strafvordering geregeld optreden van de in artikel 141 van dit Wetboek bedoelde ambtenaren tot het verwijderen van goederen en personen die zich in strijd met strafrechtelijke voorschriften op bepaalde plaatsen of in bepaalde gebouwen bevinden.²⁴ Incidenteel wordt dit zelfs in de wet met 'politiedwang' aangeduid.²⁵ Deze vorm van justitieel optreden is een onderdeel van strafrechtelijke rechtshandhaving. Dit optreden is, zoals nog zal worden uiteengezet,²⁶ qua doelstelling geheel verschillend van het bestuurlijke. Om de tegenstelling tussen politiedwang en de vorm van overheids-optreden die uit strafrechtelijk oogpunt geschiedt beter uit te drukken, ware voor politiedwang een woord te kiezen dat niet tot misverstand en associatie met strafvorderlijke politiedwang, wat van deze term ook zij, aanleiding geeft.

Een ander woord dat men in dit verband ook wel eens hoort, is overheidsdwang.²⁷ Het gebruik daarvan verdient mijns inziens geen aanbeveling, omdat het woord overheid te onbepaald is en daarmee geen verduidelijking wordt bereikt ten aanzien van de diverse vormen van overheids-optreden die met geweld of dwang gepaard kunnen gaan. Hieronder zouden dan immers bijvoorbeeld ook kunnen worden begrepen het optreden van de overheid bij het tenuitvoerleggen van strafvonnissen, het optreden van de overheid als vorm van bijstand bij de tenuitvoerlegging van vonnissen van de burgerlijke rechter door de deurwaarder en het optreden van de overheid dat, zoals hiervóór vermeld, strafvorderlijke politiedwang genoemd wordt. Deze vormen van overheids-optreden staan echter los van het doel van het in het bestuursrecht bekende sanctiemiddel van feitelijk overheids-optreden tegen een toestand die dreigt te ontstaan of ontstaat, indien de staatsburgers de hun opgelegde bestuursrechtelijke verplichtingen niet nakomen.²⁸

In het vervolg van deze studie, behalve in citaten waarin een ander woord is gebruikt, zal ik spreken over bestuursdwang; hierbij moet overigens wel bedacht worden dat, indien verwezen wordt naar literatuur en jurisprudentie, daarmee niet gezegd is dat daarin eveneens het woord bestuursdwang is gebezigd.

2.2 Het begrip bestuursdwang

Een van de middelen van het bestuur om feitelijk op te treden indien staatsburgers de hun opgelegde verplichtingen niet nakomen, is bestuursdwang. De oudste omschrijving van dit begrip in een wet in formele zin is te vinden in het tegenwoordige artikel 210 van de Gemeentewet. Het oorspronkelijke artikel 180 luidde:

‘Onder de uitvoering der verordeningen van den Raad, behoort de bevoegdheid tot het, des noods ten koste der overtreders, doen wegnemen, beletten of verrigten van hetgeen, in strijd met die verordeningen en besluiten wordt daargesteld, ondernomen of nagelaten. Spoedeischende gevallen uitgezonderd geschiedt dit niet, dan nadat de belanghebbende schriftelijk is gewaarschuwd.’

Thans bepaalt artikel 210 van de Gemeentewet:

‘Tot de uitvoering der verordeningen van den raad behoort de bevoegdheid tot het op kosten van de overtreders doen wegnemen, beletten, verrichten of in vorigen toestand herstellen van hetgeen in strijd met die verordeningen is of wordt gehouden, gemaakt of gesteld, ondernomen, nagelaten, beschadigd of weggenomen.

De artikelen 152, tweede lid, en 155 vinden daarmee overeenkomstige toepassing.’

De tekst van dit artikel is sinds zijn invoering in 1851 dus nagenoeg onveranderd gebleven. Een soortgelijke omschrijving van bestuursdwang is sindsdien in diverse wetten,²⁹ alsook in artikel 152 van de Gemeentewet, zulks met betrekking tot medebewindsuitvoering, opgenomen.

In de literatuur treft men - indien al een omschrijving van het begrip bestuursdwang wordt gegeven - niet of nauwelijks een eensluidende definitie aan. Bij bestudering van de diverse omschrijvingen of definities blijkt dat het gezamenlijke uitgangspunt is, dat het bij bestuursdwang gaat om een feitelijk overheidsoptreden tegen een toestand die ontstaat indien staatsburgers de hun opgelegde verplichtingen niet nakomen.

2.2.1 *Repressief en preventief optreden*

Opvallend is, dat veel auteurs³⁰ bij het begrip bestuursdwang alleen aan repressief optreden schijnen te denken, dat wil zeggen: aan optreden nádat de norm-inbreuk heeft plaatsgehad. Tot deze enge

opvatting dwingen de teksten in de Gemeentewet en andere wetten echter niet. In de desbetreffende teksten wordt immers ook gesproken over 'beletten', hetgeen betekent:³¹ het plaatshebben van een gebeurtenis of een handeling verhinderen; dit duidt op een preventief overheidsingrijpen, dat overigens beperkt dient te blijven tot het nemen van afweermaatregelen.³² Betekent dit, dat dit preventieve ingrijpen pas geoorloofd is, nadat door het handelen of nalaten van de burger een met de wet strijdige situatie is ontstaan - met andere woorden: mag alleen de voortgang van de overtreding worden belet, of kan de overheid ook beletten dat een overtreding wordt begaan?

Ten Berge en Stroink menen dat, aangezien het woord beletten niet strookt met de slotzinsnede van het eerste lid van (bijvoorbeeld) artikel 152 - handelend over hetgeen in strijd met bepalingen is of wordt gehouden, gemaakt of gesteld, ondernomen, nagelaten, beschadigd of weggenomen -, 'beletten' alleen betrekking kan hebben op een tegenhouden van een reeds aan de gang zijnde onwettige toestand en niet op een voorkómen van een onwettige toestand.³³

Ik kan niet goed inzien, dat bedoelde en soortgelijke bepalingen zo beperkt moeten worden opgevat. Bestuursdwang komt het bestuur toe om rechtstreeks veilig te stellen dat verplichtingen worden nageleefd. Principieel bestaat er geen verschil tussen een beletten van de voortgang van een overtreding en een beletten van een overtreding. De aard en de doelstelling van het overheidsoptreden zijn in beide gevallen identiek.³⁴ De overheid belet door een feitelijke handeling, dat een toekomstige overtreding - waarvan in redelijkheid kan worden aangenomen dat zij, als zij niet daadwerkelijk verhinderd wordt, zal plaatshebben - wordt begaan. Het feit dat in de eerstbedoelde situatie reeds een norm-inbreuk heeft plaatsgevonden en in de andere situatie niet, is slechts relevant bij de vraag, hoe waarschijnlijk het is dat de overtreding die men wil beletten, begaan wordt. In de ene situatie is dit zeer waarschijnlijk, omdat de desbetreffende persoon in het 'verleden' getoond heeft zich niet aan de wet te conformeren. Echter in de andere situatie kan dit onder bepaalde omstandigheden evenzeer waarschijnlijk zijn, zij het dat die persoon tot dan toe nog geen overtreding heeft begaan. Ik acht het verschil in situatie dus slechts van relatief belang en wel voor de beantwoording van de (prealabele) vraag, wanneer in concreto de dreiging of waarschijnlijkheid van een overtreding zo groot is, dat zij belet mag worden.

De Memorie van Toelichting zegt in dit verband overigens, heel in

het algemeen, dat 'Zorg voor de uitvoering . . . van politieverordeningen . . . weinig te beteekenen (had), indien hij, die er mede belast is, niet bevoegd ware, hetgeen de verordeningen . . . verbieden, te beletten . . .'³⁵

Ook uit praktisch oogpunt zou het onaanvaardbaar zijn, indien het bestuur pas zou mogen ingrijpen nádat de norm-inbreuk heeft plaatsgehad, terwijl tevoren reeds duidelijk was dat de overtreding begaan zou worden. Zulks geldt te meer, indien er sprake is van een onherstelbare of uiterst moeilijk herstelbare norm-inbreuk. Indien het bestuur dergelijke norm-inbreuken niet zou mogen verhinderen, kan realisering van de doelstelling van de verplichting in gevaar komen. Natuurlijk moet er wel een reëel gevaar of reële dreiging dat de overtreding zal plaatsvinden aanwezig zijn, hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit concrete aankondigingen van de aspirant-overtreder en feitelijke voorbereidingshandelingen. Hierbij kan gedacht worden aan de bekendmaking (in reclamefolders en dergelijke) dat bedrijf X op het industrieterrein met ingang van een met name genoemde datum (zulks in strijd met het bestemmingsplan en de daarbij behorende voorschriften) zijn produkten aan particulieren zal gaan verkopen. Een ander voorbeeld is een ontgrondingsmaatschappij die met groot materieel uitrukt om (zonder toestemming) een bepaald tevooren genoemd terrein te gaan ontgronden. Een misschien nog meer tot de verbeelding sprekend voorbeeld is een bedrijf dat wil beginnen met clandestiene olie- of giflozingen in waterwingebieden. In deze gevallen is het uit praktisch oogpunt noodzakelijk, dat het bestuur met bestuursdwang feitelijk kan verhinderen dat de aspirant-overtreders met hun illegale handelingen beginnen.

Deze problematiek speelt eveneens bij clandestiene bouwers en andere overtreders die reeds een begin met een verboden handeling hebben gemaakt, in welk geval de overheid verdere norm-inbreuk wil beletten. Dat de dreiging tot (verdere) wetsovertreding hierbij misschien groter is dan in de vorige voorbeelden, is, zoals ik hiervóór betoogd heb, slechts van relatieve betekenis. Ingeval het bestuur feitelijk wil 'beletten', zal het dan ook de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen, met name het willekeur-beginsel.³⁶

De Hoge Raad is van mening, 'dat artikel 210 der gemeentewet aan B en W de bevoegdheid verleent om . . . door middel van (bestuursdwang) te beletten, dat in strijd met (gemeentelijke) bepalingen wordt gehandeld.'³⁷ In de desbetreffende casus ging het om twee percelen waarvan van gemeentewege de sluiting was bevolen en ter

uitvoering waarvan een politie-ambtenaar was geposteed, welke ambtenaar anderen dan de bewoners van bedoelde percelen daadwerkelijk verhinderde de percelen te betreden. Het artikel in de Algemene Politie-Verordening waarop deze bestuursdwang steunde, luidde: 'Het is verboden, inrichtingen als bedoeld in art. 224,³⁸ te bezoeken, nadat de sluiting daarvan door B en W bevolen en in het openbaar bekend gemaakt is.' Naast de beantwoording van de vraag, hoe lang het posteren mocht voortduren - volgens de Hoge Raad mag dat zolang niet redelijkerwijs kan worden aangenomen dat die gemeentelijke bepalingen niet meer zullen worden overtreden -, is, omdat dit sluitingsbevel nog niet eerder was overtreden, daarmee uitgemaakt dat bestuursdwang ook een middel kan zijn om te beletten dat in strijd met een gemeentelijke bepaling wordt gehandeld. Als ik het goed zie, acht de Hoge Raad het beletten geoorloofd, indien en zolang er redelijkerwijze kan worden aangenomen, dat een wettelijk voorschrift zal worden overtreden.

Hierbij zou de vraag kunnen rijzen, of het posteren van politie-ambtenaren niet gezien moet worden als daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde, als bedoeld in artikel 28 van de Politiewet, en dus min of meer als een aparte maatregel, los van bestuursdwang. Daarop zou ik willen antwoorden, dat de Hoge Raad daarvan niets zegt, hoewel door de President van de Rechtbank was overwogen, dat het door Burgemeester en Wethouders doen posteren van de agent berust op artikel 210 van de Gemeentewet, en dat, indien bestuursdwang wordt toegepast, daarbij een ander doel voorzit³⁹ en meestal⁴⁰ een ander overheidsorgaan daartoe besluit dan bij de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde. Bovendien is het bij de toepassing van bestuursdwang in principe niet relevant, wie met de feitelijke uitvoering van het besluit om bestuursdwang toe te passen, zal worden belast; dit kunnen, zoals in de casus die tot een Hoge Raad-uitspraak leidde, politie-ambtenaren zijn, maar evenzeer ambtenaren die niet tot het politiekorps behoren, en zelfs derden.⁴¹ Dit neemt niet weg, dat bij de handhaving van de rechtsorde soms dezelfde politie-ambtenaren betrokken zijn als bij de uitvoering van het besluit van een bestuur om bestuursdwang toe te passen, en dat soms maatregelen kunnen worden getroffen die naar hun uitvoering identiek zijn aan die welke voortvloeien uit bestuursdwang. Evenmin betekent dit onderscheid dat bij de uitvoering (door bijvoorbeeld gemeente-ambtenaren of derden) van het besluit om bestuursdwang toe te passen, geen politiefunctionarissen kunnen zijn betrokken ter handhaving van de rechts- of openbare orde.⁴² Hoezeer

naar de vorm soms ook gelijk, materieel bestaat er een duidelijk onderscheid tussen beide bedoelde vormen van overheidsoptreden.

De Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State heeft daarentegen, onder andere op 11 maart 1980,⁴³ als zijn oordeel uitgesproken, dat uit de tekst van artikel 152 van de Gemeentewet dient te worden afgeleid dat van de aldaar omschreven bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang pas gebruik kan worden gemaakt nadat door het handelen of nalaten van de overtreder een met de wettelijke voorschriften strijdige situatie is ontstaan. Deze opvatting staat dus lijnrecht tegenover die van de Hoge Raad.

Ook eerder had de Voorzitter over deze materie geoordeeld.⁴⁴ Burgemeester en Wethouders van Oss hadden iemand op 12 januari 1978 meegedeeld, dat het uitoefenen van winkelnering in een bepaald pand in strijd was met de voorschriften van het bestemmingsplan en hadden hem verboden de opening van een winkel voor verkoop doorgang te doen vinden. De Voorzitter overweegt, dat de opening pas op 21 januari 1978 zou plaatsvinden. Een verbod mist daarom rechtsgevolg, nu het pand ten tijde van de aanschrijving niet in strijd met de bestemmingsplanvoorschriften werd gebruikt. Het schrijven van Burgemeester en Wethouders kan op deze grond niet beschouwd worden als een schriftelijke waarschuwing, zoals bedoeld in artikel 152, tweede lid, van de Gemeentewet, nu slechts rechtsgeldig bestuursdwang kan worden toegepast als gehandeld is of wordt in strijd met wettelijke voorschriften. Het schrijven werd om die reden niet aangemerkt als een beschikking. In afwijking van deze uitspraak echter volgt, naar de opvatting van de Voorzitter blijkens zijn uitspraak van 11 maart 1980 (en sindsdien is dat vaste jurisprudentie⁴⁵), uit de tekst van genoemd artikel niet, dat de waarschuwing niet voorafgaande aan de feitelijke overtreding van wettelijke voorschriften zou mogen worden uitgevaardigd, indien het gevaar dat bedoelde overtreding zal plaatsvinden, aanwezig is.

De opvatting van de Voorzitter omtrent de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang lijkt mij om eerder vermelde redenen noch theoretisch noodzakelijk, noch recht doen aan de behoefte in de praktijk om met bestuursdwang te verhinderen dat een overtreding van een bestuursrechtelijk voorschrift, waarvan redelijkerwijze kan worden aangenomen dat zij zal plaatshebben, zal worden begaan.⁴⁶ Uit de motivering van zijn uitspraak van onder andere 11 maart 1980 blijkt evenwel, dat de Voorzitter wel oog heeft voor de in de praktijk bestaande behoefte aan een preventief ingrijpen bij met de

wet strijdige situaties. Dit 'ingrijpen' beperkt hij tot het sturen van een preventieve waarschuwing, die hij opvat als een voorwaardelijke waarschuwing, in die zin dat de overheid eerst dan tot het treffen van de door haar aangekondigde (feitelijke - H.S.) maatregelen zal overgaan, indien en zodra het voornemen tot het verrichten van illegale handelingen ten uitvoer zou worden gebracht. Het cruciale van deze redenering is dus, dat de Voorzitter het geoorloofd acht dat, zodra het voornemen tot het verrichten van illegale handelingen ten uitvoer zou worden gebracht, bestuursdwang wordt toegepast, omdat er dan een met de wet strijdige situatie is ontstaan, maar dat hij het kennelijk niet aanvaardbaar vindt, dat er door middel van bestuursdwang wordt ingegrepen indien er slechts met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat die situatie zal ontstaan. Er zijn echter situaties denkbaar waarin deze opvatting tot onherstelbare norm-inbreuken aanleiding kan geven. Het is daarom gewenst, dat de Afdeling Rechtspraak, die over deze kwestie nog geen uitspraak heeft gedaan, de leer van de Hoge Raad hanteert. Overigens zou in sommige gevallen wellicht ook een beroep op 'spoedeisendheid' gedaan kunnen worden, waardoor een waarschuwing wettelijk niet vereist is en de AROB-rechter om die reden, zoals nog zal blijken, daarover geen oordeel kan geven.

2.2.2 Bestuursdwang; een verplichting of een bevoegdheid?

Het is opvallend, dat sommige auteurs⁴⁷ het begrip bestuursdwang omschrijven als : 'een bevoegdheid of een recht tot . . .' Deze omschrijving komt mij onzuiver voor, omdat bestuursdwang een feitelijk handelen aangeeft. De bevoegdheid of het recht tot dat handelen kan niet vereenzelvigd worden met het handelen zelf, althans een en ander behoort niet tot het wezen van bestuursdwang.

Een in dit verband interessante vraag is, of de overheid bevoegd dan wel verplicht is om bestuursdwang toe te passen. Ik zal deze vraag allereerst bezien vanuit de huidige artikelen in de Gemeentewet. Daarin staat ten aanzien van medebewind respectievelijk autonomie, dat tot de medewerking aan de uitvoering van wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale reglementen en verordeningen, respectievelijk tot de uitvoering der verordeningen van de raad, behoort de bevoegdheid tot het op kosten van de overtreders doen wegnemen, beletten, verrichten of in de vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met de bepalingen, tot uitvoering waarvan wordt medegewerkt, respectievelijk die verordeningen, is of

wordt gehouden, gemaakt of gesteld, ondernomen, nagelaten, beschadigd of weggenomen.⁴⁸ Over het algemeen zien schrijvers⁴⁹ hierin aanleiding om te concluderen dat bij wetsovertreding de toepassing van bestuursdwang niet verplicht is. Bij deze zienswijze sluit ik mij aan, zowel om theoretische als om praktische redenen. De taak van de overheid is, het algemeen belang te dienen. Of en in hoeverre in een concrete situatie moet worden ingegrepen door middel van bestuursdwang of enig ander middel, is een kwestie van afweging van belangen.⁵⁰ Bovendien biedt de wettekst in de artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet, die met zoveel woorden spreekt over 'de bevoegdheid tot' bestuursdwang, geen andere mogelijkheid dan te concluderen dat bestuursdwang een bevoegdheid is. Voorts zou het praktisch ondoenlijk zijn om in alle gevallen waarin een norm-inbreuk heeft plaatsgevonden, te moeten optreden ongeacht een beoordeling van de concrete situatie. Dit zou leiden tot ontregeling van het openbaar bestuur en tevens tot spanningen in de samenleving.⁵¹ Het door Van Praag⁵² aangevoerde argument om te concluderen tot een plicht tot bestuursdwang, omdat het opportuniteitsbeginsel in het bestuursrecht niet geldt en anders het rechtsgelijkheidsbeginsel in het gedrang zou kunnen komen, is - deels - ten onrechte te zeer gerelateerd aan het strafrecht⁵³ en in strijd met de tekst van de wet. Bovendien zou die opvatting tot bestuurlijk-praktische problemen aanleiding kunnen geven en zou zij, juist vanwege de eis, dat het gelijkheidsbeginsel ook meebrengt dat niet-gelijke gevallen niet gelijk behandeld worden, kunnen leiden tot zeer onrechtvaardige beslissingen.

De jurisprudentie van de Hoge Raad⁵⁴ laat, in afwijking van enkele uitspraken van lagere rechters,⁵⁵ eveneens zien dat 'artikel 210 Gemeentewet slechts de bevoegdheid verleent tot het verrichten op kosten van overtreders van de daar genoemde handelingen, maar daartoe niet verplicht'. Voorts zegt de Hoge Raad dat 'het aan het beleid van de gemeente is overgelaten in hoeverre en op welke wijze zij tegen overtreding wil optreden; dat zij bij de afweging van de in aanmerking komende belangen in beginsel vrij is naar eigen inzicht de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen, behoudens voor zover zij in redelijkheid niet tot dat inzicht kon komen, of, uitgaande van dat inzicht, in redelijkheid niet kon optreden zoals zij heeft gedaan'. Een zelfde opvatting hanteert de Hoge Raad met betrekking tot artikel 152 van de Gemeentewet, zij het dat hij daarbij uitdrukkelijk overweegt dat het optreden tegen overtredingen aan het beleid van de gemeente is overgelaten, be-

houdens de volgens artikel 156 aan de Commissaris der Koningin toekomende bevoegdheid.⁵⁶

De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State heeft als haar mening eveneens te kennen gegeven dat het toepassen van bestuursdwang geen verplichting is, maar een bevoegdheid.⁵⁷ Zij merkt daarbij onder meer op, dat de constatering dat er gehandeld is in strijd met een wettelijk voorschrift, nog niet betekent 'dat het gebruik maken van die bevoegdheid redelijk is'. Daarvoor is 'een adequate verantwoording op het punt van de belangenafweging' nodig.

Ook de ontwerpen van een nieuwe Gemeentewet⁵⁸ spreken over een bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen.

Met de conclusie dat het gebruikmaken van bestuursdwang een bevoegdheid is, wil overigens niet gezegd zijn dat aan het nalaten om bestuursdwang toe te passen geen grenzen zouden zijn gesteld. Tegen overschrijding van die grenzen kan immers uit bestuurlijk, maar ook uit rechtsbeschermingsoogpunt worden opgetreden.⁵⁹

In dit verband merk ik nog op dat het eventueel in een wet opnemen van een verplichting om bestuursdwang toe te passen, slechts met uiterste terughoudendheid dient te gebeuren,⁶⁰ omdat de wetgever vooraf meestal geen prioriteiten kan bepalen tussen de diverse bij de besluitvorming omtrent sanctionering voor concrete gevallen betrokken belangen; die besluitvorming kan beter aan het bestuur worden overgelaten, dat, rekening houdend met alle relevante belangen, tot een redelijke beslissing moet komen.

2.2.3 *Het kostenvraagstuk*

Bij vergelijking van de omschrijvingen van het begrip bestuursdwang is gebleken, dat daarbij soms is opgenomen dat een en ander plaatsheeft op kosten van de overtreders.⁶¹ Dit lijkt mij niet juist. In de Memorie van Beantwoording⁶² wordt ten aanzien van het huidige artikel 210 (waarin, voor zover van belang, toen stond: 'de bevoegdheid tot het, des noods ten koste der overtreders, doen wegnemen' etc.) opgemerkt: 'Het artikel bezigt de uitdrukking: des noods ten koste, omdat niet altijd het wegnemen, beletten of verrijgen kosten zal veroorzaken. Het zal soms eenvoudig door de politiedienaren der gemeente kunnen geschieden.'

Afgezien van de vraag of bestuursdwang in dat geval de gemeente inderdaad niets kost, kan uit deze passage worden afgeleid dat het voor de aard van het overheidsoptreden, dat in genoemd artikel

wordt bedoeld, geen verschil maakt of dit op kosten van de overtreder dan wel op gemeenschapskosten geschiedt. Deze opvatting wordt in de literatuur dan ook vrij algemeen aangehangen.⁶³

In het ontwerp van de Werkgroep Herziening Gemeentewet is - in afwijking van de teksten in de huidige Gemeentewet en in het voorlopig ontwerp De gemeentewet herzien,⁶⁴ die in de artikelen welke de bestuursdwangbevoegdheid regelen, tegelijkertijd bepalen dat de uitoefening van die bevoegdheid op kosten der overtreders geschiedt - dan ook terecht het kostenverhaalsaspect uit de bestuursdwangbepaling gehaald.⁶⁵ Bij de toelichting op artikel 131 van dit ontwerp wordt daarover opgemerkt, dat het 'kostenverhaalsaspect in een afzonderlijke bepaling (is) opgenomen ten einde duidelijk te doen uitkomen dat dit gaat om een afzonderlijk aspect dat bij de toepassing van bestuursdwang wel een belangrijke rol kan spelen, maar dat niet moet worden beschouwd als een wezenlijk bestanddeel van de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang.'

In de literatuur wordt overigens vrij algemeen verdedigd, dat zonder uitdrukkelijke wettelijke regeling van de kosten van bestuursdwang, deze ten laste van de gemeente zouden komen. Hierbij sluit ik mij aan; immers, om de burger te bezwaren met uitgaven die een gevolg zijn van een handeling van de overheid, verricht krachtens haar publiekrechtelijke bevoegdheid, is een wettelijke regeling nodig. Op grond hiervan verwerp ik, met onder anderen Oppenheim,⁶⁶ de gedachte van het Gerechtshof van Amsterdam,⁶⁷ dat het in de aard der zaak ligt dat de kosten moeten worden gedragen door de overtreder.

2.2.4 Het orgaan dat bestuursdwang toepast

Een verschil in de literatuur kan worden geconstateerd, waar bij de definitie van het begrip bestuursdwang sprake is van het orgaan dat bestuursdwang kan toepassen. Sommige auteurs⁶⁸ vermelden 'het uitvoerend gezag'. Een enkeling⁶⁹ zegt 'de bestuurder'. Anderen⁷⁰ noemen 'de overheid'. De term 'de overheid' is te onbepaald. Bij de keuze tussen 'het uitvoerend gezag' en 'de bestuurder', geef ik voor wat de Gemeentewet betreft de voorkeur aan 'het uitvoerend gezag', met name omdat de tekst in de artikelen 152 en 210, voor zover hier van belang, zegt dat tot de medewerking aan 'de uitvoering van' medebewindsregelingen respectievelijk dat tot 'de uitvoering der verordeningen van de raad' behoort de bevoegdheid om bestuursdwang

toe te passen. In hoofdstuk 3 zal ik ingaan op de vraag, welke gemeentelijke organen in concreto bestuursdwang kunnen toepassen.⁷¹

Uit de tekst in de artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet, luidende: 'tot . . . de uitvoering van . . . behoort de bevoegdheid tot' zou afgeleid kunnen worden dat bestuursdwang kennelijk tot de uitvoering van wetten in materiële zin behoort, met andere woorden: 'automatisch', als onderdeel van uitvoering, aan de wetsuitvoerder toekomt zonder dat dit uitdrukkelijk in de wet is opgenomen.

Thorbecke, de ontwerper van de Gemeentewet, vermeldde in de Memorie van Toelichting op artikel 180 (thans 210) van de ontwerp-Gemeentewet dat: 'Zorg voor de uitvoering . . . van politieverordeningen . . . weinig te beteekenen (had), indien hij, die er mede belast is, niet bevoegd ware, hetgeen de verordeningen gebieden, waar het wordt nagelaten, zelf te bewerkstelligen, hetgeen zij verbieden, te beletten, hetgeen in strijd met hare bepalingen is aangelegd, weg te nemen. Dit kon echter . . . welligt worden betwist. De hier voorgestelde bepaling schijnt dus noodig, om allen twijfel te dien aanzien weg te nemen en de kracht van uitvoering te verzekeren.'⁷²

Prins heeft echter aangetoond, dat het in het midden van de vorige eeuw helemaal niet zo zeker was dat zonder uitdrukkelijke wetsbepaling de wetsuitvoerder bevoegd was tot bestuursdwang.⁷³ Allengs echter is de idee gaan postvatten dat de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen bij overtreding van wettelijke voorschriften, besloten ligt in de bevoegdheid tot uitvoering van de wet en dat, wanneer de bevoegdheid tot bestuursdwang niettemin in de wet wordt vermeld, dat gebeurt òf om onzekerheid omtrent het bestaan van de bevoegdheid weg te nemen, òf om de bevoegde autoriteit aan te wijzen, òf om nader omschrijvende of beperkende bepalingen te geven, òf om te doen uitkomen dat de kosten ten laste van de overtreders worden gebracht.

Vele schrijvers uit deze eeuw zijn van mening dat de opvatting, dat de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen besloten ligt in de bevoegdheid tot uitvoering van de wet, momenteel in ons rechtstelsel is aanvaard.⁷⁴

De jurisprudentie van de gewone rechter sluit zich bij deze opvatting aan. Immers, in een arrest van 11 maart 1929⁷⁵ nam de Hoge Raad aan dat de bevoegdheid om bestuursdwang uit te oefenen, ondanks het ontbreken van een wettelijk voorschrift, voor het rijk toch bestaat.⁷⁶ Ook daarvoor reeds deed de gewone rechter van dit gevoelen blijken.⁷⁷

Enige twijfel past overigens, nu in een aantal recente uitspraken van de Hoge Raad wordt gezegd dat artikel 210 van de Gemeentewet 'slechts de bevoegdheid verleent tot het verrichten op kosten van overtreders van de daar genoemde handelingen, maar daartoe niet verplicht', ⁷⁸ respectievelijk dat wèl artikel '152 aan de gemeentebesturen de bevoegdheid verleent tot het doen wegnemen of in de vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met . . . is gemaakt of gesteld . . . ' ⁷⁹

Naar mijn mening kan uit het gebruik van de woorden 'de bevoegdheid verleent' echter niet worden afgeleid, dat de Hoge Raad vindt dat, indien die bevoegdheid niet in de wet was vastgelegd, zij voor gemeenten niet zou bestaan. De hoofdzaak in de overwegingen betrof immers de tegenstelling: een plicht of bevoegdheid tot bestuursdwang. Taalkundig permittent de Hoge Raad zich daarbij overigens enige onnauwkeurigheden: niet alleen het woord 'verleent' is onjuist, ook haalt hij in laatstbedoelde uitspraak slechts een klein gedeelte van de wettekst over bestuursdwang aan; het weglaten van de overige gedeelten is intussen niet te rechtvaardigen met het feit dat zij in dat verband niet relevant zijn, omdat de niet-handhaving van wettelijke bepalingen, waarover het in die casus gaat, ook betrekking kan hebben op andere dan de in die overweging genoemde vormen van niet-optreden.

De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State is in haar woordkeuze in dezen evenmin exact. Zo vermeldt zij in haar uitspraken nu eens dat artikel 152 Gemeentewet aan Burgemeester en Wethouders de bevoegdheid geeft tot bestuursdwang, ⁸⁰ dan weer dat Burgemeester en Wethouders ingevolge of krachtens dat artikel de bevoegdheid hebben tot bestuursdwang ⁸¹ en soms dat op grond van dat artikel Burgemeester en Wethouders die bevoegdheid toekomt. ⁸² De Voorzitter van die Afdeling bedient zich van soortgelijke uitdrukkingen. Hieruit kan men echter geenszins afleiden, dat deze rechter de bevoegdheid tot bestuursdwang niet zou erkennen indien zij niet met zoveel woorden in de wet zou zijn vermeld. Door zijn gekunstelde constructie ⁸³ om enkel de waarschuwing, die volgens diverse wettelijke bepalingen aan bestuursdwang behoort vooraf te gaan, als een beschikking aan te merken, kan hij in die gevallen waarin de wet geen waarschuwing voorschrijft en dus zeker in die waarin de wet niets bepaalt over een bestuursdwangbevoegdheid, daarover immers geen oordeel geven.

Hoewel naar de heersende opvatting dus aanvaard wordt, dat de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen besloten ligt in de be-

voegdheid tot uitvoering van de wet, is het uit een oogpunt van wetmatigheid van het bestuur en om rechtszekerheidsredenen gewenst, dat die bevoegdheid zoveel mogelijk door een specifiek wettelijk voorschrift wordt onderbouwd. Ik zal, wat de Gemeentewet betreft, daarop nader ingaan op blz. 39.

2.2.5 Bestuursdwang zonder voorafgaand rechterlijk vonnis

Met betrekking tot de vraag of voor de toepassing van bestuursdwang een voorafgaand rechterlijk vonnis vereist is, wordt in de literatuur geen eensluidend antwoord gegeven.

De regering merkte in de Memorie van Beantwoording van het verslag der Commissie van Rapporteurs voor de ontwerp-Gemeentewet ten aanzien van het huidige artikel 210 - dit naar aanleiding van opmerkingen hierover in het voorlopig verslag van de Tweede Kamer - op, dat het 'artikel strekt, om, . . . door politiemaatregelen oogenblikkelijk te doen voorzien, in geval onwil of nalatigheid der ingezetenen aan de gemeente nadeel brengt of brengen kan. Dit doel werd verijldeld zoo burgemeester en wethouders, alvorens te kunnen handelen, een raadsbesluit, of, wat nog belemmerender ware, een regterlijk vonnis moeten afwachten.'⁸⁴

Hiermee gaf de regering dus onder meer te kennen dat een voorafgaand rechterlijk vonnis niet nodig was. Dat dit destijds niet zo vanzelfsprekend was als het regeringsstandpunt doet vermoeden, maar er veeleer onzekerheid over bestond, heeft Prins aangetoond met passages uit de in 1850 ingediende Memorie van Toelichting op de Verboden Kringenwet, waarin het vereiste van een voorafgaand rechterlijk vonnis wel was opgenomen.⁸⁵ Mogelijk heeft Thorbecke dit in de Gemeentewet op die wijze willen regelen, als reactie op het sterke centralisme van het begin van de vorige eeuw. Aangezien de rechter een onderdeel van de centrale overheid is en Thorbecke decentralisatie met zelfstandige lagere overheden voor de geest stond, zou (ook) deze idee wel eens hebben kunnen meespelen.

De vraag of een rechterlijk vonnis nodig is, heeft inmiddels vele pennen in beweging gebracht. Globaal kan men hier drie categorieën onderscheiden:

1 de principiële tegenstanders van preventieve rechterlijke controle;⁸⁶

2 de principiële voorstanders van zo'n controle;⁸⁷

3 de zogenaamde 'utilisten', die vinden dat er bepaalde voordelen zijn verbonden aan bestuursdwang zonder voorafgaande rechterlijke

tussenkoms en dat de wet dat nu eenmaal zo geregeld heeft.⁸⁸

Een hiervan enigszins te onderscheiden - maar de naar mijn mening juridisch meest verdedigbare⁸⁹ - opvatting hanteert Prins, die meent dat buiten het terrein van de artikelen 167 van de Grondwet en 2 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie in ons rechtsstelsel geen bepaling is aan te wijzen die in het algemeen de realisering van rechtsaanspraken op geen andere wijze dan via de rechter tot de normale weg bestempelt. Hieruit leidt hij af dat de overheid in beginsel de naleving van de wet door feitelijke dwang kan afdwingen zonder voorafgaand rechterlijk consent, tenzij de dwang mocht strekken tot handhaving van een civiel recht.⁹⁰ Hij geeft overigens toe, dat op dit beginsel door de wet soms een uitzondering is gemaakt.⁹¹ Bovendien meent hij dat men zich natuurlijk wel een rechtsorde kan voorstellen of bepleiten waarin het anders is, maar 'dat is niet de rechtsorde waaronder wij leven'.⁹²

Hoe dat ook zij, de Gemeentewet eist geen voorafgaand rechterlijk vonnis. De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State bevestigt in haar uitspraak van 15 januari 1980, dat voor een stelling dat aan toepassing van bestuursdwang een strafrechtelijke procedure zou moeten voorafgaan, geen plaats is.⁹³ Burgemeester en Wethouders van Ridderkerk hadden in een situatie die tot deze uitspraak leidde, afwijzend beslist op een verzoek om bestuursdwang toe te passen, omdat - in samenhang met diverse bezwaren tegen de toepassing daarvan - op dat moment een procedure bij de strafrechter aanhangig was. De Afdeling Rechtspraak overwoog dienaangaande dat 'de omstandigheid, dat nog geen uitspraak in de tegen . . . gevoerde strafprocedure is gedaan, . . . naar het oordeel van de Afdeling (niet) dusdanig zwaar (weegt), dat verweerd ers . . . in redelijkheid konden weigeren om door middel van toepassing van politiedwang aan de bestaande noodsituatie een einde te maken'.

Een in dit licht merkwaardige uitspraak over bestuursdwang deed de Rechtbank van 's-Gravenhage,⁹⁴ toen zij er de gemeente Voorburg min of meer een verwijt van maakte dat deze een woning met bestuursdwang had ontruimd, zonder eerst een uitspraak van de strafrechter te hebben doen uitlokken ter zake van overtreding van de bouwverordening. Deze opvatting, die terecht kritiek heeft ondervonden,⁹⁵ staat echter alleen.

Het feit dat de Gemeentewet geen voorafgaande rechterlijke toestemming eist, betekent overigens niet dat de rechter geen oordeel

mag geven over het voornemen om bestuursdwang toe te passen of over de plaatsgevonden bestuursdwang. Tot vóór de inwerkingtreding van de Wet AROB kon de burgerlijke rechter dit, uit een oogpunt van rechtsbescherming van de burger, zowel (via een kort geding) over de voorgenomen, alsook (via een actie uit onrechtmatige daad of via een verzetsprocedure) over de toegepaste bestuursdwang doen.⁹⁶ Sinds de inwerkingtreding van die wet en de op basis daarvan gedane rechterlijke uitspraken is dit in beginsel veranderd in een systeem waarbij de administratieve rechter, als een waarschuwing wettelijk is voorgeschreven, een oordeel over de voorgenomen bestuursdwang kan geven, terwijl de burgerlijke rechter achteraf de toegepaste bestuursdwang, alsmede de bevoegdheid daartoe, ingeval wettelijk geen waarschuwing wordt geëist, kan blijven beoordelen. Op dit systeem bestaan momenteel evenwel uitzonderingen.⁹⁷

Het vooraf inschakelen van een rechter biedt overigens enkele praktische voordelen, zowel voor de burger als voor de overheid. Voor de overheid zijn de belangrijkste voordelen:

— Minder risico voor mogelijke schadeclaims en dergelijke. Dit risico heeft in het verleden vele gemeentebesturen ertoe gebracht, tevoren een strafvonnis, of - in plaats van bestuursdwang - in een kort geding een verbod op overtreding uit te lokken. Ten aanzien van het eerste zij hier onder andere opgemerkt, dat de burgerlijke rechter later niet strikt aan een oordeel van de strafrechter is gebonden, en omgekeerd, terwijl bovendien de gemeentebesturen voor het vervolgingsbeleid afhankelijk zijn van het Openbaar Ministerie. (Men kan zich overigens afvragen of het vervolgen van een overtreder, dit om door middel van een strafvonnis meer zekerheid te krijgen over de rechtmatigheid van de bestuursdwang, wel in overeenstemming is met het doel van het strafrecht.) Ten aanzien van het tweede zij hier vermeld, dat de Hoge Raad blijkens zijn uitspraak de dato 9 november 1973⁹⁸ niet bereid is een gemeentelijke vordering toe te wijzen, indien de gemeente alleen stelt dat het algemeen belang, dat bij de naleving van de voorschriften is betrokken, dreigt te worden geschonden. Dit algemeen belang behoort op zichzelf niet tot de belangen welke artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek beoogt te beschermen.

— Het afschuiven van de ‘verantwoordelijkheid’ voor een onplezierige maatregel.⁹⁹

Voor de burgers zijn de grootste voordelen van het tevoren inschakelen van een rechter:

— Het rechtsgevoel wordt meer bevredigd, doordat een onafhankelijke rechter wordt ingeschakeld.¹⁰⁰

— Voorkomen wordt dat, indien de rechter (nadat bestuursdwang eenmaal is toegepast) de burger in het gelijk stelt, achteraf de zaak weer hersteld moet worden.

Als een belangrijk nadeel van een rechterlijke inschakeling vooraf kan worden genoemd, dat zij afbreuk kan doen aan de slagvaardigheid van het bestuur. Het vooraf inschakelen van een rechter zou tot consequentie kunnen hebben dat de besturende overheid geen effectief beleid meer kan voeren.

Een voorafgaand rechterlijk vonnis is, zoals gezegd, momenteel juridisch niet noodzakelijk. Het in de Gemeentewet algeheel verplicht stellen van een rechterlijke uitspraak vooraf, lijkt mij niet wenselijk, omdat dat afbreuk zou kunnen doen aan de slagvaardigheid van het bestuur. Dat neemt natuurlijk niet weg, dat het - om de voordelen die een voorafgaande inschakeling van een rechter biedt, zoveel mogelijk te benutten - in een rechtsstaat aanvaardbaar en juist is dat de burger zich tot een onafhankelijke rechter kan wenden.

Van Angeren,¹⁰¹ die het besluit om bestuursdwang toe te passen in handen wil stellen van de administratieve rechter, meent dat binnen de administratieve rechtspraak een oplossing is te vinden die de slagvaardigheid van de administratie niet zal beperken. Hij stelt voor, de procedure zó in te richten dat de mogelijkheid van een administratief 'kort geding' bestaat en verwijst daarvoor naar artikel 65 van de Wet ARBO, waarin geregeld is dat de Voorzitter van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven bevoegd is een bevel te geven, op de naleving waarvan een dwangsom is gesteld.¹⁰² De mogelijkheid om maatregelen zoals bijvoorbeeld sluiting van een bedrijf of bepaalde vormen van bestuursdwang in spoedeisende gevallen op te leggen, is volgens hem niet zo'n grote stap verder. Naar mijn mening is het onjuist, het dwangmiddel van bestuursdwang in handen te leggen van een rechter.¹⁰³ Bestuursdwang is een middel om de verwezenlijking van de doeleinden die aan de wettelijke regeling ten grondslag liggen, direct veilig te stellen. Het rechtstreeks verwezenlijken van die doeleinden vormt een integrerend onderdeel van het overige besturen, waarvan het niet goed gescheiden kan worden. Om die reden dient het middel toegepast te kunnen worden door het bestuur, dat bovendien beter dan een rechter in staat is alle belangen die bij een besluit over de toepassing van bestuursdwang betrokken zijn, af te wegen. Daarnaast lijkt het mij uit een oogpunt van

democratische controle beter, dat de volksvertegenwoordiging het bestuur voor het al dan niet toepassen van een politiek middel als bestuursdwang ter verantwoording kan roepen. Bij een onafhankelijke rechter is dat niet mogelijk. Tenslotte lijkt het mij dat er spoedeisende gevallen denkbaar zijn, waarin onmiddellijk moet kunnen worden opgetreden. Het wachten op toestemming van de administratieve (kort-geding-) rechter is dan onmogelijk.¹⁰⁴

Overigens maakt het voor de voordelen die een vooraf gegeven rechterlijk oordeel oplevert, over het algemeen praktisch weinig verschil of een rechterlijke toestemming door de overheid moet worden gevraagd dan wel of de bescherming van de rechter kan worden ingeroepen door de burgers als de overheid al dan niet besluit bestuursdwang toe te passen. Volgens de Wet AROB en haar jurisprudentie kan momenteel door de burger veelal een oordeel van de AROB-rechter worden gevraagd omtrent de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, althans omtrent de bevoegdheid om een waarschuwing te geven, maar deze bevoegdheden worden vaak gelijkgesteld.¹⁰⁵ In de overblijvende gevallen kan de gewone rechter te hulp schieten.

Aan het huidige systeem van rechtsbescherming, dat de Werkgroep Herziening Gemeentewet in beginsel wenst te continueren, zijn vele voordelen verbonden, maar er kleven ook diverse nadelen aan. Ik zal op dat systeem en op de vraag hoe aan die bezwaren kan worden tegemoetgekomen, nader ingaan in hoofdstuk 6.

2.2.6 *De sterke arm*

Een onderdeel in de omschrijvingen van het begrip bestuursdwang dat ik soms in de literatuur aantrof, is, dat het optreden met behulp van de sterke arm moet geschieden. Dit lijkt mij onjuist. Indien met 'de sterke arm' bedoeld wordt 'de politie', dan klopt deze opvatting niet, omdat niet bij elk feitelijk optreden de politie nodig is. Bovendien wordt in de wet vaak bepaald, dat opsporingsambtenaren bevoegd zijn zo nodig met de sterke arm op te treden.¹⁰⁶ Het zou toch wel erg bevreemdend zijn, als daarmee bedoeld is dat de in artikel 141 onder 4 van het Wetboek van Strafvordering genoemde politieambtenaren bij hun optreden politieambtenaren kunnen inschakelen. Wordt daarentegen in dit verband daaronder verstaan 'geweld', hetgeen ik - met onder anderen Romeijn¹⁰⁷ en Prins¹⁰⁸ - zou willen aannemen, dan dient daaraan het woord desnoods vooraf te gaan, omdat geweld niet nodig is als de overtreder zich tegen het over-

heidsoptreden niet daadwerkelijk verzet. Van bestuursdwang kan immers toch ook gesproken worden als de overheid bij haar feitelijk optreden nagenoeg niet op verzet stuit en geen geweld behoeft aan te wenden. In elk geval staat degene die het gebruik van geweld essentieel acht voor de bestuursdwang, een enger begrip voor ogen dan bedoeld wordt in bijvoorbeeld artikel 210 van de Gemeentewet.¹⁰⁹

2.2.7 Conclusie

Concluderend wil ik het begrip bestuursdwang, zoals bedoeld in de Gemeentewet, omschrijven als: een feitelijk optreden, desnoods met geweld, door het uitvoerende gezag, tegen een toestand die ontstaan is of dreigt te ontstaan als gevolg van het feit dat staatsburgers de hun opgelegde verplichtingen niet nakomen, tot welk optreden het uitvoerende gezag bevoegd is zonder dat een voorafgaand rechterlijk vonnis is vereist.

Het kostenaspect maakt geen deel uit van deze definitie, omdat het een secundair, afgeleid element vormt van de feitelijke bestuursdwang. Met deze definitie wil overigens niet tot uitdrukking zijn gebracht dat bijvoorbeeld ‘verplichte bestuursdwang’ of ‘bestuursdwang na voorafgaand rechterlijk vonnis’ contradictiones in terminis zouden zijn, maar enkel dat deze vormen van overheidsoptreden niet bedoeld zijn in de desbetreffende artikelen van de Gemeentewet. Uit deze conclusie vloeit bovendien voort, dat ik onder het begrip bestuursdwang in deze studie niet versta een bevel tot sluiting (een ‘papieren’ sluiting) en dergelijke, omdat dat niet een rechtstreeks feitelijk overheidshandelen betreft. Weliswaar heeft de Hoge Raad uitgemaakt,¹¹⁰ dat een bevel tot sluiting gelijkstaat met de feitelijke sluiting, maar ik zou zo’n bevel - nog afgezien van de vraag of de bevoegdheid daartoe voortvloeit uit de artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet of dat de bevoegdheid uitdrukkelijk in de desbetreffende wet in materiële zin moet zijn genoemd - liever karakteriseren als een andere administratieve sanctie dan bestuursdwang. Het gaat daarbij immers, anders dan bij de toepassing van bestuursdwang zelf, om een rechtshandeling. Indien zo’n bevel echter niet wordt nageleefd, dan kan dat wel leiden tot een feitelijk overheidsoptreden zoals hier bedoeld.

Een auteur¹¹¹ onderscheidt bij bestuursdwang twee categorieën van gevallen. De eerste is die waarin de overheid optreedt ter handhaving van de openbare orde en dus in feite post factum. De tweede

omvat die gevallen waarin door of krachtens de wet een rechtsverhouding is geschapen die de burger beveelt iets te doen, te dulden of na te laten en waarin de overheid, als het ware als partij, bij nalatigheid van betrokkene de door de wet gewilde rechtsverhouding vestigt. Het eerste zou het beletten van een daad zijn die geen rechtsverhouding kan scheppen; het tweede zou in feite wel een rechtsverhouding vestigen.

Tegen een dergelijke principiële scheiding naar aard, karakter en gevolg van bestuursdwang kunnen diverse bezwaren worden aangevoerd. Immers:

a Bestuursdwang is niet gericht op het scheppen van een rechtsverhouding, maar op een feitelijk gevolg.

b Bestuursdwang ter handhaving van de openbare orde kan ook anders geschieden dan post factum, namelijk bij dreigende ordeverstoring.

c De overheid treedt niet als partij op in de zin van een partij in een burgerlijk geschil. Zij vertegenwoordigt een gemeenschapsbelang, dat niet gelijkwaardig is aan dat van de individuele burger. Het politieke gezag, dat de verordening vaststelde, heeft daarmee immers te kennen gegeven dat het individuele belang moet wijken voor een hoger belang.

d De verschillen en grenzen tussen het recht betreffende de openbare orde en het bestuursrecht zijn niet duidelijk aan te geven. Deze rechtsterreinen vloeien in elkaar over en overlappen elkaar soms.

e Het positieve recht (bijvoorbeeld de artikelen 210 en 152 van de Gemeentewet) kent een dergelijke scheiding niet.

Een onderscheiding naar bestuursdwang ter handhaving van de openbare orde en bestuursdwang die ziet op handhaving van bestuursrechtelijke voorschriften - hoe moeilijk het ook zal zijn in concreto de grenzen daartussen aan te duiden -, is daarentegen wel aanvaardbaar. Deze onderscheiding geeft de mogelijkheid, het onderzoeksveld van de problematiek met betrekking tot de toepassing van bestuursdwang enigszins te beperken.

In het vervolg van dit geschrift zal primair worden uitgegaan van bestuursdwang ter handhaving van bestuursrechtelijke voorschriften.

Een vorm van overheidsoptreden die verwantschap vertoont met bestuursdwang, is neergelegd in artikel 46a, tweede lid, van de Woningwet. Daarin is, voor zover van belang, bepaald dat degene tot wie een aanschrijving tot woningverbetering is gericht, verplicht is

daaraan te voldoen, maar dat het hem nochtans vrijstaat om ter voldoening aan die verplichting Burgemeester en Wethouders te verzoeken de voor zijn rekening komende verbeteringen van gemeentewege te doen aanbrengen. Dit optreden van Burgemeester en Wethouders is geen bestuursdwang, omdat er geen sprake is van het niet-nakomen van een verplichting door een burger.¹¹² Het overheidsoptreden is daarentegen juist een gevolg van het voldoen aan een verplichting. Deze vorm van gemeentelijk handelen mag dan ook niet met bestuursdwang verward worden. Overigens kan bestuursdwang op een dergelijke aanschrijving wel volgen, namelijk als de aangeschrevene noch aan zijn verplichting tot woningverbetering voldoet, noch Burgemeester en Wethouders verzoekt de verbeteringen te doen aanbrengen.

3 De gemeentelijke organen die omtrent bestuursdwang kunnen besluiten

Artikel 210 van de Gemeentewet zegt, dat tot de uitvoering der verordeningen van de Raad behoort de bevoegdheid tot het . . . doen wegnemen, beletten, verrichten of in de vorige toestand herstellen van hetgeen in strijd met die verordeningen is of wordt gehouden, etc.

Aangezien dit artikel direct volgt op en verband houdt met het artikel dat handelt over het aan het College van Burgemeester en Wethouders opgedragen dagelijks bestuur, geeft het grond voor de mening dat het daarin alleen gaat om de aan dat College opgedragen uitvoering van verordeningen.¹

Burgemeester en Wethouders zijn echter niet de enige uitvoerders van autonome raadsverordeningen. In geval van uitvoering van zo'n verordening op een terrein dat volgens de wet² en de jurisprudentie³ bij uitsluiting tot de taak van de Burgemeester behoort, is deze de uitvoerder. Bovendien kan de Raad zich de uitvoering van zijn verordening voorbehouden.⁴ Verder kan de Raad Burgemeester en Wethouders machtigen de uitvoering van één of meer bepalingen van een raadsbesluit, dus ook van een raadsverordening, op te dragen aan gemeente-ambtenaren, zodat alsdan de desbetreffende ambtenaren uitvoerder zijn.⁵ Tenslotte kan ook aan een commissie, als bedoeld in de artikelen 61 e.v. van de Gemeentewet, de uitvoering van raadsverordeningen worden overgedragen.

In het algemeen kan men stellen, dat bij overdracht van de uitvoering van raadsverordeningen aan ambtenaren en aan commissies de bevoegdheid afgeleid is van die van Burgemeester en Wethouders. Doorredenerend betekent dit dat, aangezien op laatstbedoelde bevoegdheid artikel 210 van toepassing is, de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen inherent is aan de bevoegdheid tot uitvoering en direct steun vindt in de artikelen 209 en 210 van de wet.⁶ De bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang wordt, indien men de uitvoering van (een gedeelte van) een raadsverordening in

het algemeen overdraagt, dus 'automatisch' met die bevoegdheids-overdracht gedelegeerd, tenzij men de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang uitdrukkelijk uitsluit.⁷ Deze opvatting vloeit tevens voort uit de hiervóór⁸ beschreven gedachte, dat in de bevoegdheid tot uitvoering van wettelijke voorschriften de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, besloten ligt. Dit moge met name ten aanzien van overdracht aan ambtenaren misschien vreemd klinken, omdat dit problemen met zich kan meebrengen in het kader van de bevelsverhouding met de collega-ambtenaren die de bestuursdwang feitelijk uitvoeren. De beantwoording van de vraag, of een ambtenaar en een commissie aan wie de uitvoering van raadsverordeningen is overgedragen, in concreto bevoegd zijn tot het toepassen van bestuursdwang, zal afhangen van de redactie van de bevoegdheidsoverdracht. Is deze, zoals gezegd, algemeen, dan valt daaronder ook de bestuursdwangbevoegdheid. Sluit men de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen bij het besluit tot overdracht uit, of bepaalt een bijzondere wettelijke regeling dat bij de overdracht tot uitvoering de bevoegdheid tot bestuursdwang is uitgesloten,⁹ dan mag de delegataris geen bestuursdwang toepassen.

Teunissen¹⁰ meent, dat voor de overdracht van de bestuursdwangbevoegdheid aan ambtenaren een wettelijke basis nodig is. Naar mijn mening is deze basis aanwezig in artikel 211 van de Gemeentewet, waarin bepaald is dat de Raad Burgemeester en Wethouders kan machtigen de uitvoering van bepalingen van een raadsbesluit op te dragen aan gemeente-ambtenaren. Wellicht bedoelt Teunissen een bijzondere wettelijke regeling die zulks ten aanzien van bestuursdwang expliciet stelt; zijn opvatting, die misschien eerder uit een oogpunt van wenselijkheid dan op grond van juridische juistheid is ingegeven, strookt echter noch met het systeem van de bestuursdwangregeling in de huidige Gemeentewet, noch met de in ons rechtsstelsel aanvaarde idee, dat de bevoegdheid om bestuursdwang uit te oefenen, besloten ligt in de bevoegdheid tot uitvoering van wettelijke voorschriften. Merkwaardigerwijze geldt zijn mening blijkbaar niet voor overdracht aan commissies, hoewel daarbij evenmin zo'n bijzondere wettelijke bepaling voor de bestuursdwangbevoegdheid is aan te geven.

In de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn, uit te maken of de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, is overgedragen. Een voorbeeld in de jurisprudentie levert de kwestie deelgemeente Charlois.¹¹ Voor zover hier van belang, had zich het volgende afgespeeld. De gemeente Rotterdam had aan de Raad van de deelgemeente

Charlois een aantal bevoegdheden van de Raad en Burgemeester en Wethouders overgedragen, zoals vermeld in de bijlage van bedoeld besluit. De Raad van die deelgemeente had op zijn beurt een gedeelte van die bevoegdheden gedelegeerd aan het dagelijks bestuur van Charlois. Bij het besluit van de Raad van de gemeente Rotterdam was overgedragen de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen bij overtreding van de bepalingen als bedoeld in de bij het overdrachtsbesluit behorende lijsten van overgedragen bevoegdheden. De bevoegdheid tot uitvoering van de Woningwet en de Bouwverordening was niet in het algemeen overgedragen, wel met zoveel woorden de bevoegdheid om te beslissen op een aanvraag om een bouwvergunning en de bevoegdheid om bouwvergunningen in te trekken. De Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State geeft als zijn oordeel, dat de overgedragen bevoegdheden, in onderling verband beschouwd, mede omvatten de bevoegdheid om op te treden tot handhaving van het bepaalde in artikel 47 van de Woningwet en dus de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen ter zake van een zonder vergunning gebouwd bouwwerk, maar niet de bevoegdheid tot dat middel indien het niet betreft een bouwen, maar een gebruik van gebouwen. Zou in het gemeenteraadsbesluit aangeduid zijn, dat ook bevoegdheden ten aanzien van het gebruik van gebouwen waren overgedragen, dan had ter zake ook bestuursdwang kunnen worden toegepast. Het betrof hier dus niet zozeer de vraag, of de overdracht van de bevoegdheid om bepaalde uitvoeringsbesluiten te nemen, mede omvat de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen - deze laatste bevoegdheid was bij het besluit van de Raad van de gemeente Rotterdam immers uitdrukkelijk toegekend -, maar de vraag, of het besluit tot overdracht van uitvoeringsbesluiten zo ruim geredigeerd was dat zulke besluiten, inclusief dus het besluit om bestuursdwang toe te passen, ook genomen konden worden ter zake van het gebruik van gebouwen.

Een ander voorbeeld betreft een uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State van 14 december 1978.¹² Het dagelijks bestuur van de Wijkraad Assendelft van de gemeente Zaanstad had iemand aangeschreven om een stacaravan van een bepaald perceel te doen verwijderen. Bij nalatigheid aan deze aanschrijving gevolg te geven, zou bestuursdwang worden toegepast. Het bestuur meende zijn bevoegdheid om tot het toepassen van bestuursdwang over te gaan, te kunnen ontleenen aan het besluit van de Raad van de gemeente Zaanstad tot overdracht van een aantal bevoegdheden aan de Wijkraad en aan het besluit van de Wijk-

raad tot delegatie van een aantal bevoegdheden aan het dagelijks bestuur. De Voorzitter kon echter niet constateren dat de bevoegdheid tot het aanschrijven tot bestuursdwang was overgedragen. Wel was aan het dagelijks bestuur de bevoegdheid overgedragen tot aanschrijving tot het treffen van voorzieningen aan woningen en het verlenen van bouwvergunning op grond van artikel 47 e.v. van de Woningwet. Daaruit viel volgens de Voorzitter niet de bevoegdheid af te leiden tot de uitoefening van bestuursdwang wegens bouwen zonder de ingevolge artikel 47 van de Woningwet vereiste vergunning. Voor de overdracht van deze zelfstandige en als zwaarwegend aan te merken bevoegdheid zou een afzonderlijke daartoe strekkende vermelding in de overdrachtsbesluiten nodig zijn geweest.

Deze uitspraak lijkt mij aanvechtbaar. Indien de bevoegdheid overgedragen wordt om bijvoorbeeld alle bepalingen in de Woningwet uit te voeren, dan omvat die bevoegdheid de bestuursdwangbevoegdheid ter zake van die bepalingen. Wordt slechts een gedeelte van de uitvoering overgedragen, bijvoorbeeld de bevoegdheid ex artikel 48 van de Woningwet om bouwvergunningen te verlenen, dan is de bestuursdwangbevoegdheid daaronder niet begrepen, omdat die met het verlenen van een vergunning niets uitstaande heeft. Wordt daarentegen, zoals in de casus Wijkraad Assendelft, de bevoegdheid tot uitvoering van de artikelen 47 e.v. van de Woningwet (dus zowel de artikelen die een verbod bevatten tot het bouwen zonder of in afwijking van een schriftelijke vergunning, als de artikelen die het verlenen van bouwvergunningen regelen) overgedragen, dan is daaronder weer wel begrepen de bevoegdheid tot bestuursdwang, omdat de uitvoering van artikel 47 juist inhoudt, dat tegen illegale bouwwerken door middel van bestuursdwang kan worden opgetreden. Een afzonderlijke daartoe strekkende vermelding is in zo'n situatie niet vereist. Veeleer zou een uitsluiting van de bevoegdheid tot bestuursdwang nodig zijn, althans als dat gewenst zou zijn, maar dan blijft natuurlijk van de uitvoering van artikel 47, eerste lid, van de Woningwet weinig over. Mogelijk heeft de Voorzitter de overdrachtsbesluiten, omdat deze alleen spreken (althans met zoveel woorden) over het verlenen van bouwvergunningen, zo eng geïnterpreteerd, dat hij daarin gelezen heeft dat alleen het verlenen van bouwvergunningen is gedelegeerd en het overige uitvoeren van artikel 47 e.v. van de Woningwet uitgesloten is. Een zodanige interpretatie was echter niet per se noodzakelijk.

Hoe dan ook, het is dus van groot belang, dat bij de overdracht van bevoegdheden een goede redactie wordt gekozen. Hiervan is name-

lijk afhankelijk of tevens de bevoegdheid tot bestuursdwang wordt toegekend.¹³

De overweging van de Voorzitter in de casus Wijkraad Assendelft, dat 'voor de overdracht van deze zelfstandige en als zwaarwegend aan te merken bevoegdheid (tot bestuursdwang - H.S.) een afzonderlijke daartoe strekkende vermelding in de overdrachtsbesluiten nodig (zou) zijn geweest', lijkt mij in haar algemeenheid te ruim. Een afzonderlijke vermelding is niet vereist, als uit de bepaling waarvan de uitvoering is overgedragen, duidelijk blijkt dat de uitvoering ervan juist bestaat uit de mogelijkheid om bestuursdwang toe te passen, bijvoorbeeld bij verbodsbepalingen, dan wel indien de gehele uitvoering van (een gedeelte van) de wet is overgedragen. Dat in sommige gevallen een afzonderlijke vermelding om rechtszekerheidsredenen wel gewenst kan zijn, doet hieraan natuurlijk niets af, noch dat, als de overgedragen uitvoering van bepalingen niet de bestuursdwangbevoegdheid omvat, zulks afzonderlijk kan geschieden.

Schroot, Van Vliet en Wijma beweren, dat zij het standpunt van de Voorzitter in laatstbedoelde uitspraak niet kunnen delen.¹⁴ Met de door hen aangevoerde argumenten kan ik echter niet instemmen. Zij menen dat bestuursdwangbevoegdheid inherent is aan de bevoegdheid tot uitvoering der verordeningen respectievelijk medebewindsregelen. 'Delegatie van de uitvoeringsbevoegdheid vernietigt deze verkleefdheid niet. De politiedwangbevoegdheid is geen zelfstandige bevoegdheid, waarover afzonderlijk kan worden beschikt. Wil men dat wel, omdat zij zo zwaarwegend . . . is, dan zal alleen een wetswijziging aan dat verlangen kunnen voldoen.' Mijn kritiek richt zich op twee punten van hun redenering. Ten eerste lijkt mij dat, zoals gezegd, over bestuursdwangbevoegdheid zeker afzonderlijk kan worden beschikt. Dit kan bij het overdrachtsbesluit gebeuren, ook zonder dat de wet daartoe uitdrukkelijk machtigt.¹⁵ Men hoeft immers niet de gehele uitvoering van een wettelijke bepaling te delegeren; dit delegeren kan ook slechts een gedeelte van de uitvoering betreffen. Ten tweede menen zij dat het in bedoelde casus ging om een algehele overdracht van de bevoegdheid tot uitvoering van de medebewindsregeling. Daarvan was echter geen sprake; de overdracht betrof, voor zover van belang, slechts het verlenen van bouwvergunningen op grond van artikel 47 e.v. van de Woningwet.

Behalve het College van Burgemeester en Wethouders, een commissie of een ambtenaar kan soms ook de Raad of de Burgemeester bevoegd zijn om autonome raadsverordeningen uit te voeren. Op blz.

30 is geconstateerd, dat in ons rechtssstelsel aanvaard wordt dat de bevoegdheid om bestuursdwang uit te oefenen bij overtreding van wettelijke voorschriften besloten ligt in de bevoegdheid tot uitvoering van de wet. Uit deze algemeen aanvaarde regel kan worden afgeleid dat ook de Raad en de Burgemeester, indien zij uitvoerders van een autonome raadsverordening zijn, bevoegd zijn om bestuursdwang toe te passen.¹⁶ Overigens kan deze bevoegdheid tevens met behulp van analogie aanwezig worden geacht. Dit biedt het voordeel van een 'wettelijk geregeld' kostenverhaal, hoewel de analogie ten aanzien van het kostenverhaal alleen ook wel bij de eerstbedoelde redenering aanvaardbaar is.

In het vorenstaande is voornamelijk gesproken over de vraag, welke organen in autonomie de bevoegdheid tot bestuursdwang toekomt. Voor medebewindsbepalingen geldt artikel 152. Daarin is geregeld, dat tot de medewerking aan de uitvoering van wetten etc. behoort de bevoegdheid tot bestuursdwang. Deze bevoegdheid komt krachtens artikel 151 toe aan Burgemeester en Wethouders, voor zover niet de medewerking bepaaldelijk van de Raad of van de Burgemeester wordt gevorderd. Hier doen zich dus ten aanzien van de vraag, of de uitvoerder van medebewindsbepalingen bevoegd is om bestuursdwang toe te passen, geen problemen voor.¹⁷ Uiteraard spelen hier wel soortgelijke problemen met betrekking tot de vraag, of bij overdracht van uitvoeringsbesluiten aan een commissie de bestuursdwangbevoegdheid daarin ligt besloten. De genoemde jurisprudentie van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State had zelfs geheel betrekking op medebewindsbepalingen. Het voorlopig ontwerp van De gemeentewet herzien bepaalt in artikel 122, dat de bestuursdwangbevoegdheid wordt uitgeoefend door Burgemeester en Wethouders, voor zover de medewerking of uitvoering niet is opgedragen aan de Burgemeester, in welk geval de bevoegdheid door hem wordt uitgeoefend. Het wetsontwerp van de Werkgroep Herziening Gemeentewet bevat in artikel 129, leden 1 en 2, een soortgelijke bepaling. Beide voorstellen sluiten in principe¹⁸ de toepassing van bestuursdwang door de Raad uit. De Werkgroep motiveert zulks met te stellen dat de 'raad niet het geschikte orgaan (is) om daadwerkelijk te beslissen over al dan niet toepassen van bestuursdwang en over de wijze waarop dit moet geschieden. Dit moet worden beschouwd als een specifieke dagelijkse bestuurstaak'. Hoewel ook de Raad een bestuurstaak heeft en materieel moeilijk een onderscheid valt te maken tussen bestuur en dagelijks bestuur,¹⁹ lij-

ken de voorstellen op dit punt aanvaardbaar, nu de Raad in de praktijk meer de algemene bestuurslijnen uitzet en het College van Burgemeester en Wethouders en de overige zogenaamde dagelijkse bestuursorganen meer de bijzondere besluitvorming inzake het bestuur voor hun rekening nemen. Bovendien zijn deze bestuursorganen door karakter, werkwijze en omvang vaak beter dan de Raad in staat tot een doelmatige afweging van alle bij bestuursdwang betrokken belangen.²⁰

Met betrekking tot de overdracht van bestuursdwangbevoegdheid aan commissies zegt artikel 150 van het voorlopig ontwerp van De gemeentewet herzien, dat aan een commissie bevoegdheden van Burgemeester en Wethouders kunnen worden toegekend, echter met uitzondering van (onder andere) die tot het uitoefenen van bestuursdwang.

Deze uitzondering lijkt mij onterecht.²¹ De bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, is vaak te nauw verweven met het overige uitvoeren, dan dat zij daarvan altijd los gezien kan en moet worden.²² Vooral 'deelgemeenten', maar ook andere commissies, kunnen die bevoegdheid soms bezwaarlijk missen. Het zou frustratie, dwarsboming van een voorgenomen handhavingsbeleid en onduidelijkheid ten aanzien van de verantwoordingsplicht van een commissie tot gevolg kunnen hebben. Een 'facultatieve' uitzonderingsbepaling is daarom meer op haar plaats, hoewel juridisch niet noodzakelijk.²³ De toelichting op bedoeld artikel biedt te weinig argumenten voor een andere opvatting, waar zij slechts zegt, dat het gewenst lijkt dat de beslissing over de vraag of tot hantering van de verstrekkende bevoegdheid van bestuursdwang zal worden overgegaan, bij Burgemeester en Wethouders blijft berusten.²⁴ Een motivering waarom dat - slechts een zevental jaren²⁵ nadat in de Memorie van Antwoord²⁶ op de ontwerp-wet tot wijziging van de bepalingen betreffende Raadscommissies uitdrukkelijk is opgemerkt, dat de bevoegdheid van bestuursdwang zonder twijfel aan een commissie kan worden overgedragen - wenselijk is, ontbreekt geheel. Ook de praktijk geeft, voorzover mij bekend, geen aanleiding tot een verandering van het standpunt in dezen.

Juister is dan ook de regeling in het wetsvoorstel van de Werkgroep Herziening Gemeentewet, waar deze in het derde lid van artikel 129 bepaalt, dat een commissie waaraan bevoegdheden zijn toegekend, de bevoegdheid tot bestuursdwang niet bezit (dan²⁷ - H.S.) indien deze uitdrukkelijk aan haar is toegekend.

Van Zanten²⁸ kijkt tegen de mogelijkheid dat een commissie met

bestuursdwang kan gaan opereren, kritisch aan, met name omdat zo'n commissie een beperkt werkterrein heeft. 'Zij overziet, is althans slechts verantwoordelijk voor, een onderdeel van het gemeentelijk bestuursbeleid. Haar bestuurstaak omvat niet . . . het geïntegreerde pakket van lokale taken. Een brede belangenafweging door een commissie lijkt . . . daarom moeilijk te realiseren.' Desondanks kan hij zich voorstellen, dat het door een commissie met uitvoerende bestuursbevoegdheden als een onmisbaar complement van haar bevoegdheden wordt gevoeld, dat zij met bestuursdwang kan optreden. Dit lijkt hem onder bepaalde omstandigheden een redelijke wens. Hij wil daarbij echter een 'dubbele legitimatie': ten eerste een formele, te weten een uitdrukkelijke toekenning, zoals ook de Werkgroep Herziening Gemeentewet wil; en ten tweede een materiële, in die zin dat toekenning haar grondslag moet vinden in de positie die de commissie op haar werkterrein, door omvang en inhoud van haar takenpakket en haar werkwijze, bij de burgerij geniet.

Hoewel ik de bezorgdheid van Van Zanten in theorie kan begrijpen, heeft, voor zover mij bekend, de praktijk tot nu toe geen aanleiding gegeven om de wet op dit punt te veranderen. Uit een oogpunt van 'zelfstandigheid' van de gemeenten lijkt het mij niet juist, ter zake regels te stellen. Bovendien gaat, zoals gezegd, mijn voorkeur in theorie uit naar een facultatieve uitzonderingsbepaling. Dit sluit beter aan bij de heersende opvatting, dat onder uitvoering van wettelijke voorschriften begrepen is de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen. Daar staat tegenover, dat de bepaling die de Werkgroep Herziening Gemeentewet voorstelt, uit praktisch oogpunt misschien aanbeveling verdient. Hierdoor worden immers problemen zoals geschetst in de casus Wijkraad Assendelft, voorkomen.

Ook de Raad voor het Binnenlands Bestuur aarzelt over het voorstel, mogelijkheden tot het toepassen van bestuursdwang open te laten voor commissies.²⁹ 'Dergelijke commissies hebben veelal een beperkt werkterrein en zijn daarvoor verantwoordelijk. Een brede belangenafweging lijkt daarmee moeilijk te verenigen.' De Raad stelt voor, mede met het oog op het waarborgen van de belangen van de door de uitoefening van bestuursdwang getroffen burgers, de voorgestelde overdrachtsmogelijkheid achterwege te laten. De Raad kan zich overigens wel indenken dat commissies aan Burgemeester en Wethouders voorstellen inzake de uitoefening van bestuursdwang doen. Ik kan niet inzien waarom naar de mening van de Raad voor het Binnenlands Bestuur aan commissies wel bijna het totale bestuurspakket kan worden toegekend, maar niet de bestuursdwangbevoegd-

heid. Zoals gezegd, heeft de praktijk geen aanleiding gegeven om de wet op dit punt te veranderen en lijkt het mij uit een oogpunt van zelfstandigheid van de gemeenten niet juist, ter zake regels te stellen. Bovendien is op commissiebesluiten intern toezicht mogelijk.³⁰

In verband met toekomstige voorschriften wil ik nog een opmerking maken over delegatie van de bestuursdwangbevoegdheid aan ambtenaren. Eerder is gezegd, dat bij de bevoegdheidsoverdracht tot uitvoering daarin de bevoegdheid tot bestuursdwang ligt besloten. Uiteraard zal voor de vraag of een ambtenaar in concreto tot dit laatste bevoegd is, de gekozen redactie weer van grote betekenis zijn.

De gemeentewet herzien sluit in de artikelen 151, lid 1, 152 en 162, lid 1, delegatie van de bestuursdwangbevoegdheid aan ambtenaren, anders dan aan een commissie, niet uit. Er is namelijk met geen woord gesproken over bestuursdwang door ambtenaren; wellicht is deze mogelijkheid over het hoofd gezien.³¹ Het wetsontwerp van de Werkgroep Herziening Gemeentewet daarentegen bepaalt in artikel 129, lid 4, dat aan een ambtenaar de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang niet kan worden toegekend. De Werkgroep acht dit ongewenst, omdat op die manier geen politiek orgaan verantwoordelijk zou kunnen worden gesteld voor de concrete toepassing van de bestuursdwang. Zij stelt verder dat, wanneer 'in de praktijk desondanks behoefte wordt gevoeld aan toepassing van bestuursdwang door een ambtenaar, hetgeen in spoedeisende gevallen wel eens het geval zal zijn, . . . men de ambtenaar deze bevoegdheid daartoe (zal) moeten verlenen door middel van mandaat. Op deze wijze blijft de oorspronkelijk bevoegde instantie voor de concrete uitoefening van de bestuursdwang verantwoordelijk'.³²

Inderdaad doet zich in de praktijk wel eens de behoefte gevoelen aan toepassing van bestuursdwang door een ambtenaar. Met name indien zeer spoedeisende voorzieningen moeten worden getroffen, die geen enkel uitstel dulden, zal het niet verantwoord zijn, met bestuursdwang te wachten totdat ter zake een besluit door bijvoorbeeld Burgemeester en Wethouders is genomen. Deze feitelijke noodzakelijkheid tot het treffen van maatregelen mag, zeker bij levensgevaarlijke situaties, niet op het juridische bezwaar stuiten, dat de ambtenaar niet bevoegd was tot die maatregelen.³³ De vraag rijst echter, of men deze bevoegdheid aan een ambtenaar kan mandateren. De Werkgroep meent dat voor een mandaatsverhouding aan ondergeschikten in het algemeen geen wettelijke grondslag vereist

is.³⁴ In het wetsvoorstel treft men dan ook geen artikel aan dat een mandaatsverhouding ten aanzien van de bestuursdwangbevoegdheid aan ambtenaren regelt. De mening dat mandaat aan ondergeschikten zonder wettelijke grondslag in beginsel geoorloofd is, wordt echter niet alom aangehangen. Volgens de commissie inzake ABAR³⁵ is mandaat van beschikkingsbevoegdheid aan ondergeschikten zonder wettelijke basis (onder andere) niet toegestaan, indien voorschriften omtrent de besluitvorming van het tot het verlenen van de beschikking bevoegde orgaan zijn gegeven, welke zich tegen afdoening door ondergeschikten van dat orgaan verzetten. Voor besluiten van collegiale bestuursorganen, zoals Burgemeester en Wethouders, zijn bij de wet regels gesteld. De huidige Gemeentewet bepaalt in artikel 98, dat het College van Burgemeester en Wethouders onder andere niet mag besluiten, zo niet meer dan de helft van zijn leden - of, is dit getal oneven, de grootste helft (sic) daarvan - tegenwoordig is, dat alle besluiten bij volstrekte meerderheid van stemmen worden genomen en hoe moet worden gehandeld bij het staken van de stemmen. Mandaat ten aanzien van besluiten van dit collegiale bestuursorgaan aan een ambtenaar is naar de opvatting van bedoelde commissie met deze bepaling niet in overeenstemming.³⁶ De commissie verwijst voor haar standpunt onder andere naar een uitspraak van de Kroon van 10 oktober 1967³⁷ inzake het nemen van een beslissing door een ambtenaar op een aanvraag om bijstand ingevolge de Algemene Bijstandswet. De redactie van *De Gemeentestem*³⁸ ontkent overigens, dat de Kroon daarmee het standpunt heeft ingenomen dat mandaatverlening door Burgemeester en Wethouders ook in andere gevallen dan ingevolge de Algemene Bijstandswet ongeoorloofd is. De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep is in dezen niet geheel duidelijk. De Hoge Raad en de AROB-rechter hebben zich, voor zover mij bekend, over mandaatverlening door een College van B en W nog niet duidelijk uitgesproken.

Ook in het Ontwerp-Gemeentewet komen voorschriften voor met betrekking tot de besluitvorming van Burgemeester en Wethouders. Het lijkt mij om rechtszekerheidsredenen - wil men zich althans niet behoeven te behelpen met een formele bekrachtiging achteraf - daarom zaak, dat de mandaatsverhouding tussen Burgemeester en Wethouders en hun ondergeschikten alsnog van een wettelijke basis wordt voorzien.

Tot slot wil ik er nog op wijzen, dat krachtens artikel 4 van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen ook aan een bij een gemeenschap-

pelijke regeling ingesteld orgaan de bestuursdwangbevoegdheid kan worden toegekend. Het ontwerp van Wet houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenschappelijke regelingen bepaalt zulks ten aanzien van het bestuur van het openbaar lichaam of van het gemeenschappelijke orgaan.³⁹

4 De besluiten ten aanzien waarvan de gemeente bestuursdwang kan toepassen

4.1 Bestuursdwang bij overtreding van algemeen verbindende voorschriften

De Gemeentewet bepaalt, wat de autonome bevoegdheid betreft, in artikel 210 dat bestuursdwang kan worden toegepast ter zake van handelen in strijd met verordeningen van de Raad. De Raad is echter niet het enige orgaan in de gemeente met wetgevende macht. Ook het College van Burgemeester en Wethouders, de gemeentelijke commissies en de Burgemeester kunnen produkten van wetgevende aard - te verstaan als algemeen verbindende voorschriften - vervaardigen.¹ Moet men hieruit afleiden dat deze algemeen verbindende voorschriften niet door middel van bestuursdwang kunnen worden gehandhaafd? Het springt al direct in het oog, dat dit met betrekking tot de zogenaamde noodverordeningen van de Burgemeester tot onaanvaardbare consequenties zou leiden. Het is - nog afgezien van de vraag wie deze verordeningen moet uitvoeren² en van de kwestie of na de bekrachtiging door de Raad de noodverordening een raadsverordening is geworden³ - toch ongerijmd, aan te nemen dat deze in bijzondere omstandigheden geboren wetgeving niet gehandhaafd kan worden door middel van bestuursdwang. Men kan echter de bevoegdheid daartoe niet alleen doen steunen op 'ongeschreven noodrecht', omdat dat zou kunnen impliceren dat, indien de bijzondere omstandigheden die tot uitvaardiging van de verordening aanleiding gaven, wegvallen, maar de verordening nog wel geldt, daarmee in principe ook de bestuursdwangbevoegdheid zou wegvallen.

In subparagraaf 2.2.4 is geconstateerd, dat in ons rechtsstelsel aanvaard wordt dat in de bevoegdheid tot uitvoering van wettelijke voorschriften de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, besloten ligt. Met een beroep op deze regel kan het toepassen van bestuursdwang in deze gevallen verdedigd worden. Dit kan dan evenzeer gelden voor de uitvoering van 'nadere regels' die het College van Burge-

meester en Wethouders en de gemeentelijke commissies kunnen stellen.⁴

Het artikel in de Provinciewet dat handelt over bestuursdwang, heeft overigens de 'nadere regels' die Gedeputeerde Staten kunnen stellen, eveneens genoemd.⁵ In het voorlopig ontwerp van De gemeentewet herzien is bestuursdwang met betrekking tot de uitvoering van de 'nadere regels' eveneens geregeld, niet echter met betrekking tot de noodverordeningen. Het wetsontwerp van de Werkgroep Herziening Gemeentewet, dat - gelijk het voorlopig ontwerp van De gemeentewet herzien - de bestuursdwangbevoegdheid, zowel bij de uitvoering in medebewind als bij de uitvoering van autonome voorschriften, in één bepaling onderbrengt, bepaalt op dit punt dat de bevoegdheid tot bestuursdwang bestaat bij 'de uitvoering van wetten, algemene maatregelen van bestuur en van provinciale en gemeentelijke verordeningen'. Door te spreken van gemeentelijke verordeningen wordt bereikt, dat vaststaat dat ook bestuursdwang kan worden toegepast ter uitvoering van andere gemeentelijke verordeningen dan raadsverordeningen, zoals bijvoorbeeld noodverordeningen van de Burgemeester en nadere regels.⁶

Wat de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang bij de uitvoering in medebewind betreft, zegt de huidige Gemeentewet in artikel 152, dat tot 'de medewerking aan de uitvoering van wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale reglementen en verordeningen behoort de bevoegdheid tot het . . . doen wegnemen . . . van hetgeen in strijd met bepalingen, tot uitvoering waarvan wordt meegewerkt, is of wordt gehouden . . .' Onder de opgesomde voorschriften vallen alle wettelijke regelingen waarbij de medewerking van gemeenten tot uitvoering ervan momenteel kan worden ingeroepen, zodat zich hier geen problemen voordoen.

4.2 Bestuursdwang bij niet-naleving van voorwaarden

Een voor theorie en praktijk interessante vraag is, of het gemeentebestuur bevoegd is de naleving van de aan een beschikking verbonden voorwaarde⁷ af te dwingen door middel van bestuursdwang. Ik maak hierbij geen onderscheid tussen de diverse vormen van bestuursdwang. Bestuursdwang kan immers zijn: het beletten dat in strijd met een voorwaarde wordt gehandeld, het in de oude toestand herstellen of wegnemen van hetgeen in strijd daarmee is of wordt gemaakt of gehouden en het verrichten van hetgeen in strijd met een voorwaarde is

of wordt nagelaten. Weliswaar bestaat in de literatuur - met name over de vraag naar de geoorloofdheid van de laatste vorm van bestuursdwang - onenigheid,⁸ maar mijns inziens bestaat er geen enkele reden om aan te nemen dat voor de vraag, of bij niet-naleving van voorwaarden bestuursdwang mag worden toegepast, de vorm waarin zulks gebeurt principieel van belang is.⁹ Essentieel is, of een aan een beschikking verbonden voorwaarde een verplichting is die, evenals een verplichting in de wet, in principe door bestuursdwang gehandhaafd kan worden. De jurisprudentie op dit punt is, voor zover ik kon nagaan, niet slechts voor één uitleg vatbaar.¹⁰ De Hoge Raad accepteert in het geval dat handelen in strijd met een voorwaarde niet afzonderlijk strafbaar is gesteld, weliswaar dat bij overtreding van een voorwaarde een strafsancie kan worden opgelegd wegens handelen zonder vergunning,¹¹ maar daaruit kan niet ondubbelzinnig worden afgeleid dat hij een dergelijke constructie in haar algemeenheid ook zou aanvaarden bij toepassing van bestuursdwang. De AROB-rechter acht de gemeente bevoegd om degene die in afwijking van een voorwaardelijke bouwvergunning gebouwd heeft, 'onder aanzegging van . . . (bestuursdwang) te gelasten' de strijdigheid weg te nemen.¹² Aangezien in artikel 47 van de Woningwet echter expliciet is neergelegd dat het verboden is 'te bouwen . . . in afwijking van een schriftelijke vergunning', kan uit deze uitspraak niet worden afgeleid dat de AROB-rechter de toepassing van bestuursdwang in alle gevallen waarin een voorwaarde wordt overtreden, geoorloofd acht.

In deze paragraaf gaat het overigens louter over de abstracte juridische vraag naar de bestuursdwangbevoegdheid. Vragen zoals of en wanneer de gemeente bij niet-naleving van een voorwaarde tot bestuursdwang in concreto bevoegd of praktisch in staat is en of het toepassen ervan in een bepaald geval doelmatig is, blijven hier onbeantwoord.¹³ Gezien het belang voor de bestuurlijke praktijk zullen de gekozen voorbeelden zich overigens wel toespitsen op kwesties waarbij bestuursdwang, in de vorm van het verrichten van hetgeen in strijd met een voorwaarde wordt nagelaten, gewenst is. Om deze reden wordt ook vooral aandacht besteed aan voorwaarden welke aan een beschikking die een toestemming tot een bepaald handelen bevat, zijn verbonden.

Bij het verdere betoog dient overigens steeds bedacht te worden, dat voor de vraag naar de bevoegdheid om bij strijd met een voorwaarde bestuursdwang toe te passen, dezelfde grenzen gelden als die welke in het algemeen gesteld zijn aan het toepassen van bestuursdwang. Ik verwijs daarvoor naar blz. 121 e.v.

De algemeen heersende opvatting is, dat het bestuur aan een vrije beschikking in principe rechtsgeldige voorwaarden kan verbinden.¹⁴ Verbindt het bestuur aan een besluit verplichtende voorwaarden, dan zijn deze min of meer zelfstandige plichten van belang voor de verwezenlijking van het gestelde overheidsdoel.¹⁵ Het bestuur moet proberen dat doel te realiseren, onder andere door het nemen van beschikkingen en door toezicht op de naleving van de bij een wettelijk voorschrift of een beschikking opgelegde verplichtingen. Het bestuur vindt, indien na of bij het verrichten van een vergund handelen een voorwaarde niet wordt nageleefd - anders dan bij bijvoorbeeld subsidiebeschikkingen -, daartoe vaak geen baat bij een intrekking van de beschikking of bij het niet opnieuw nemen van een begunstigende beschikking, noch - voor zover al mogelijk - bij herstel van de vóór dat handelen bestaande toestand, maar juist alleen bij nakoming van die verplichting.¹⁶

Weliswaar staat het bestuur in het algemeen indifferent tegenover de toestand van vóór de beschikking en die welke ten gevolge van de behoorlijk nageleefde beschikking zal bestaan, maar niet tegenover de 'tussentoestand', de niet behoorlijk nageleefde beschikking.¹⁷ Indien het bestuur bijvoorbeeld een kapvergunning verleent onder voorwaarde dat een nieuwe boom wordt geplant, toestemming geeft tot het slopen van een gedeelte van een monument onder voorwaarde dat het resterende gedeelte wordt gerestaureerd, of een ontheffing verleent van de plicht tot het openhouden van een sloot onder voorwaarde dat een riolering wordt aangebracht, dan springt - omdat herstel in de vorige toestand uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk is - als het ware vanzelf in het oog dat het bestuur belang heeft, althans kan hebben, bij de nakoming van de voorwaarden. Maar ook in andere situaties is het wenselijk dat het bestuur nakoming kan vorderen. Indien bijvoorbeeld een vergunning is verleend tot het exploiteren van een kamerverhuurbedrijf onder voorwaarde (onder andere) dat op elke kamer een wasbak aanwezig is, en alleen die voorwaarde wordt niet nageleefd, dan is de overheid in principe bevoegd de vergunning in te trekken. Daarna zouden de gehuisveste personen door middel van bestuursdwang op straat kunnen worden gezet. Afgezien van de problemen bij dit laatste is gebruikmaking van die bevoegdheid in deze situatie toch moeilijk in overeenstemming te achten met het overheidsdoel, waarbij een goed huisvestingsbeleid voor kamerhuurders wordt nagestreefd. Zo'n beleid zou juist gediend zijn met het door middel van bestuursdwang aanbrengen van de wasbakken.

Het staat dus vast dat het bestuur aan een concreet besluit in principe

rechtsgeldige voorwaarden kan verbinden. Bovendien is aangetoond dat het bestuur indien na of bij het verrichten van het vergunde handelen een voorwaarde niet wordt nageleefd, belang heeft of kan hebben bij de nakoming alsnog van die voorwaarde.

Een vraag die zich vervolgens opwerpt en beantwoord moet worden, is: is de bestuurde juridisch verplicht de voorwaarde na te leven en zo ja, vanaf welk moment en op welke formele rechtsgrond? Algemeen aanvaard is, dat degene tot wie het besluit zich richt, vanaf het moment dat hij van de beschikking begint gebruik te maken, rechtens gehouden is zich naar de daaraan verbonden voorwaarden te gedragen. Over de formele rechtsgrond van deze verplichting van de bestuurde lopen de meningen evenwel uiteen. Volgens Vegting¹⁸ vormt de basis van de verplichting een tweezijdige handeling, wellicht zelfs een overeenkomst tussen bestuur en bestuurde. Ook De Haan meent, dat de verbindende kracht van voorwaarden die zonder uitdrukkelijke grondslag in de wet aan beschikkingen worden verbonden, eigenlijk alleen op een overeenkomst kan worden gebaseerd.¹⁹ Donner²⁰ acht deze opvatting overdreven, omdat het bestuur de voorwaarde eenzijdig vaststelt op basis van zijn ambtsplicht. Steenbeek meent terecht, dat de vraag van een- of tweezijdigheid een vraag van interpretatie van het objectieve recht is.²¹ Hij concludeert dat, wanneer de eis van aanvaarding van de voorwaarden objectiefrechtelijk niet is gesteld, de rechtsverhouding bij de beschikking onder voorwaarden niet uit een tweezijdig rechtshandelen bestaat. Ik sluit mij hierbij aan; de beschikkingen steunen op een naar buiten gerichte publiekrechtelijke wettelijke bepaling. Ook indien een uitdrukkelijke wettelijke bepaling tot het verbinden van voorwaarden aan beschikkingen niet voorhanden is, kan er - behoudens in het door Steenbeek bedoelde geval, waarin de eis van aanvaarding van de voorwaarde objectiefrechtelijk is gesteld - niet gesproken worden van tweezijdigheid. De grondslag van de verplichting voor de burger wordt gevormd door de wettelijke basis, die het bestuur bevoegd verklaart tot het nemen van een concrete beslissing casu quo tot het veranderen van het absolute verbod in een geclausuleerde toestemming voor een concrete situatie.²² Deze op het publiekrecht steunende verplichting wordt eenzijdig opgelegd. Wil de burger een voorwaardelijk vergunde handeling verrichten of van een verleend voorwaardelijk recht gebruik maken, dan mag hij dat slechts doen met inachtneming van de voorwaarden. Weliswaar is de burger vrij om van gebruikmaking van een verleende toestemming af te zien, maar evenmin als degene die geen toestemming heeft aangevraagd, een verboden handeling mag verrichten, mag hij die toestemming ge-

vraagd en onder voorwaarden gekregen heeft, die handeling verrichten anders dan met inachtneming van de voorwaarden. Dit geldt eveneens voor degene aan wie onder voorwaarden een aanspraak op een overheidsprestatie is verleend. De voorwaarde is onverbrekkelijk verbonden aan het vergunde handelen of de verleende aanspraak. Het beginnen gebruik te maken van de beschikking is een rechtsvoorwaarde voor het in acht moeten nemen van de voorwaarden die aan die toestemming of aanspraak verbonden zijn en is dus een rechtens relevant handelen. Dit vervullen van die rechtsvoorwaarde moet echter niet worden beschouwd als een rechtshandeling, maar als een rechtsfeit.²³

De conclusies die uit het voorgaande kunnen worden getrokken, zijn:

- 1 het bestuur kan bij een beschikking in beginsel eenzijdig rechtsgeldige voorwaarden opleggen;
- 2 de bestuurde is - nadat hij begonnen is van die beschikking gebruik te maken - verplicht de voorwaarden na te leven;
- 3 het bestuur kan bij de naleving van de aan de gebruikte beschikking verbonden voorwaarden belang hebben.

Op basis van deze conclusies en uitgaande van de situatie dat de burger reeds begonnen is van de beschikking gebruik te maken, behandel ik thans de vraag of het gemeentebestuur bevoegd is de naleving van de door hem aan de beschikking verbonden voorwaarden af te dwingen door middel van bestuursdwang. Voor de beantwoording van deze vraag kunnen voor het huidige gemeenterecht de volgende drie situaties worden onderscheiden:

- 1 artikel 152 of 210 van de Gemeentewet is van toepassing;
- 2 de bijzondere wet zegt met zoveel woorden, dat de bestuursdwangbevoegdheid voor de naleving van voorwaarden bestaat, indien in strijd met een krachtens die wet aan de beschikking verbonden voorwaarde wordt gehandeld;
- 3 er is geen uitdrukkelijk wettelijk voorschrift voor deze bestuursdwangbevoegdheid aan te wijzen.

Ad 1

De artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet zeggen op dit punt - kort samengevat - dat het gemeentebestuur bevoegd is tot bestuursdwang, indien bestuurden in strijd met wettelijke regelingen handelen.

In die gevallen waarin de wettelijke regeling, zoals bijvoorbeeld artikel 47 van de Woningwet, uitdrukkelijk stelt dat het niet alleen verboden is zonder, maar tevens 'in afwijking van' een toestemming te handelen, doen zich weinig problemen voor. Onbetwistbaar lijkt dat, wan-

neer bij het toegestane handelen de aan de toestemming verbonden voorwaarde niet wordt nageleefd, gehandeld wordt in afwijking van een vergunning. Hierdoor ontstaat rechtstreeks strijd met de wettelijke bepaling die dit verbiedt. De strijdigheid bij een verplichtende voorwaarde bestaat in het nalaten om de voorwaarde na te leven, zodat alsdan bestuursdwang kan worden toegepast met betrekking tot dat nalaten. Moeilijker wordt het, indien de wettelijke regeling daarover niet spreekt. De tekst in de desbetreffende Gemeentewetsartikelen biedt dan geen directe grondslag voor de naleving door middel van bestuursdwang.

Indien men de vraag die hierna onder 3 aan de orde komt, namelijk of het gemeentebestuur - ondanks het ontbreken van een wettekst - bevoegd is ten aanzien van de naleving van voorwaarden bestuursdwang toe te passen, ontkennend zou beantwoorden, kan men met een extensieve interpretatie²⁴ van wetsbepalingen veelal tegemoet komen aan de in de praktijk bestaande behoefte aan de bestuursdwangbevoegdheid op dit terrein. Hierbij kan allereerst gedacht worden aan een wetshistorische interpretatie van de bestuursrechtelijke wet die het verbod bevat, te handelen zonder toestemming van het gemeentebestuur.²⁵ Indien blijkt dat de wetgever die een verbod heeft gewild, eveneens bedoeld heeft dat het verboden zou zijn te handelen in strijd met de verleende toestemming (en welke (moderne) wetgever wil of kan anders?), dan bestaat er alleszins reden voor om de bepaling zo te lezen, dat het ook verboden is in afwijking van de toestemming te handelen. Wellicht kan deze methode ook toegepast worden bij de wet die het mogelijk maakt, aanspraken op overheidsprestatie onder voorwaarden te verlenen. Mocht deze interpretatiemethode in een bepaalde situatie geen uitkomst bieden, dan kan men door een teleologische interpretatie van de wetsartikelen - of dit nu de bedoelde artikelen in de Gemeentewet betreft dan wel het bijzonder wettelijk voorschrift dat het verlenen van toestemming of aanspraken regelt - de wettekst aan de hierboven gesignaleerde maatschappelijke behoefte 'aanpassen'.²⁶ Een teleologische interpretatie van het wetsvoorschrift dat het verbod tot handelen zonder toestemming van het gemeentebestuur bevat of het verlenen van aanspraken regelt, is in dit verband eerder aanvaardbaar, omdat daarmee aansluiting kan worden gezocht bij het bereiken van een overheidsdoel, dat een democratisch samengesteld orgaan (de wetgever) voor ogen stond of moet hebben gestaan toen het die wettelijke regeling vaststelde. Degenen die aarzelen om de Gemeentewetsartikelen in ruimere zin te interpreteren, omdat de bestuursdwangbevoegdheid zo'n 'diep ingrijpende' of 'uiterst ver strek-

kende' bevoegdheid is, dat deze met grote terughoudendheid moet worden toegekend/erkend, zou ik willen tegenwerpen, dat hetgeen zij aan de bestuursdwangbevoegdheid toedichten, in beginsel veeleer opgaat voor de bevoegdheid tot het nemen van het besluit waarbij de desbetreffende verplichting wordt opgelegd.

Ad 2

Indien de bijzondere wet bepaald heeft, dat de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang bij voorwaarden geoorloofd is, bestaat er geen aanleiding om de vraag ontkennend te beantwoorden.

Ad 3

De situatie dat geen uitdrukkelijk wettelijk voorschrift is aan te wijzen, zal zich bij gemeentebesturen niet vaak voordoen, omdat over het algemeen of artikel 152 of artikel 210 van de Gemeentewet van toepassing is. Er zijn echter gevallen denkbaar waarin deze artikelen geen of geen directe grondslag bieden.²⁷ Mede omdat deze kwestie van principiële betekenis is, zal ik haar hier eveneens aan de orde stellen. De vraag die dan beantwoord moet worden, is: is het bestuur naar Nederlands recht bevoegd om bestuursdwang ten aanzien van de naleving van aan een beschikking verbonden voorwaarden toe te passen zonder uitdrukkelijk wettelijk voorschrift daartoe?²⁸

Bij de behandeling van die vraag moet aan twee facetten, die aanleiding zouden kunnen vormen voor een negatieve beantwoording ervan, aandacht worden besteed:

1 de 'eigenrichting';

2 de rechtsstaat.

Er wordt verdedigd, dat het toepassen van bestuursdwang zonder wettelijke bevoegdheid ongeoorloofd is wegens het 'verbod van eigenrichting'. Ten aanzien hiervan heeft Prins echter een betoog opgebouwd, waaruit blijkt dat met betrekking tot bestuursdwang een 'verbod van eigenrichting' niet opgaat.²⁹ Onder 'eigenrichting' verstaat hij een handeling 'streckende tot handhaving van de rechtsorde die voltrokken (wordt) met voorbijgaan aan de (wettelijk) aangewezen autoriteiten'. Hieruit volgt dat, wil men een verbod van eigenrichting voor de overheid verdedigen, men moet stellen dat 'handhaving van het recht door de executieve zonder voorafgaande (rechterlijke) toetsing' niet geoorloofd is. In de praktijk echter ziet men vele voorbeelden waarbij de executieve zonder voorafgaande rechterlijke toetsing het recht handhaaft, 'maar de stelling, dat eigenrichting inherent is aan het publieke recht schiet als verklaring van dit verschijnsel ver

over het doel heen'. Immers, al 'dadelijk beweert niemand, dat de burger buiten het gebied van het privaatrecht gequalificeerd zou zijn om zijn recht of het recht te handhaven en op het gebied van het strafrecht is ook aan de executieve de bevoegdheid tot eigenmachtige rechtshandhaving ontzegd. Voeg hierbij, dat de executieve ook in zaken van administratief recht niet altijd bevoegd is om op eigen gezag tot rechtshandhaving over te gaan en het is duidelijk, dat 'het wezen van het publieke recht' hier niet in het geding kan zijn'.³⁰

Prins meent dat, als men tot een verbod van eigenrichting wil concluderen, het nodig is dat in de (Grond)wet een bepaling kan worden aangewezen die dit aanduidt of veronderstelt. Hij constateert, dat naar Nederlands recht alleen op het terrein van artikel 167 van de Grondwet en artikel 2 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie een bepaling kan worden aangewezen die iets zegt over eigenrichting, omdat die bepaling 'een rechtsorde (veronderstelt), waarin het de burger (en de overheid) niet vrijstaat een civiele pretentie op andere wijze te realiseren dan via de rechter . . . Wie een andere weg bewandelt dan die, welke de Grondwet en de Wet (op de Rechterlijke Organisatie) als de normale voorstellen, zal zijn titel moeten kunnen tonen . . . Buiten het terrein van (deze artikelen die op de handhaving van het civiele recht betrekking hebben) is in ons recht geen bepaling aan te wijzen, die in het algemeen 'de weg van rechten' (de weg via de rechter - H.S.) tot de normale weg bestempelt. Dat geldt voor de burger even goed als voor de overheid'.³¹ Prins komt - na een uitgebreide uiteenzetting over de positie van de burger in dezen - tot de conclusie, dat (de burger en) 'de executieve haar recht of het recht - voor zover de wet niet het tegendeel bepaalt - kan handhaven zonder voorafgaand rechterlijk consent . . . Feitelijke dwang tot naleving van de wet kan (dus) door de daarmee belaste autoriteiten in beginsel worden uitgeoefend zonder voorafgaand rechterlijk consent tenware zij mocht strekken tot handhaving van een civiel recht'.³²

Wat het tweede aspect betreft zij aangetekend, dat het mij hier niet mogelijk is uitgebreid op het begrip rechtsstaat in te gaan. Ik beperk mij tot de opvatting, dat één van de eisen die in ons staatsrecht aan een rechtsstaat worden gesteld, is, dat het bestuursoptreden (zoveel mogelijk) op een wet moet berusten.³³ De constatering dat de overheid, zoals hiervóór bleek, ook zonder uitdrukkelijk wettelijk voorschrift de bestuursdwangbevoegdheid heeft, betekent niet dat het dan 'van nature' of iets dergelijks het bestuur is dat die bevoegdheid kan uitoefenen. Daartoe is een wetsartikel nodig, dat aangeeft of veronderstelt dat de (bestaande) bestuursdwangbevoegdheid kan worden

uitgeoefend door het bestuur. Een mogelijke basis daarvoor bieden onder andere de artikelen 209, onder a, en 151 van de Gemeentewet, waarin is geregeld welk orgaan van het gemeentebestuur de raadsbesluiten moet uitvoeren, respectievelijk moet meewerken aan het uitvoeren van wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale reglementen en verordeningen. De vraag is, of deze vage term 'uitvoeren' het bestuur legitimeert om de bevoegdheid tot bestuursdwang uit te oefenen.

De felle ontkenningen die men in de literatuur soms aantreft, verliezen veel van hun waarde, als men onderkent dat het daarbij gaat over de vraag of de overheid, in casu het bestuur, aan het woord 'uitvoeren' de bestuursdwangbevoegdheid ontleent. Maar naar mijn opvatting betreft het slechts een 'organisatorische' vraag, namelijk de vraag welk orgaan de aan de overheid toekomende bevoegdheid uitoefent. Voor de beantwoording van deze vraag moet aansluiting worden gezocht bij de artikelen in de Gemeentewet die betrekking hebben op de organisatie en distributie van bevoegdheden, dus onder andere bij 151 en 209.

Het komt mij voor, dat het 'uitvoeren' van een wet in materiële zin uit diverse componenten is samengesteld. Al deze componenten hebben gemeen, dat zij ieder voor zich en gezamenlijk ertoe bijdragen dat de realisering van het overheidsdoel, dat met behulp van die wet wordt nagestreefd, wordt bevorderd. Eén van die componenten is het nemen van een beslissing voor de concrete situatie (het verlenen van toestemming of een aanspraak al dan niet onder voorwaarden); een ander onderdeel is het toezien op de naleving van de wettelijke verplichtingen; weer een ander onderdeel is (bij handelen in strijd met die verplichtingen) het corrigerend optreden. Ook dit laatste onderdeel is essentieel, want het is moeilijk voorstelbaar dat men een wet kan uitvoeren, althans kan bevorderen dat het desbetreffende overheidsdoel wordt verwezenlijkt, zonder dat men de verplichtingen feitelijk kan handhaven. Indien naar Nederlands recht zelfs aanvaard wordt dat door het woord 'uitvoeren' voor zover dit betrekking heeft op wettelijke voorschriften, de bestuursdwangbevoegdheid ontstaat,³⁴ dan kan er weinig bezwaar worden aangevoerd tegen de redenering, dat het bestuur de macht is die de bestaande bestuursdwangbevoegdheid uitoefent. Deze uitleg gaat immers aanzienlijk minder ver. Bovendien kan dan moeilijk worden ontkend dat de - ter uitvoering van de wet - aan een concreet besluit verbonden voorwaarden door middel van bestuursdwang kunnen worden gehandhaafd. Het 'uitvoeren' bestaat immers uit een aantal componenten; het nemen van een beslissing voor een

concrete situatie, waaraan voorwaarden zijn verbonden, is er één van; een andere is de handhaving van de wet. Indien aan een concreet besluit verplichtende voorwaarden worden verbonden en deze voorwaarden niet worden nageleefd, dan is het bestuur bevoegd tot bestuursdwang, omdat het dan bezig is met het uitvoeren (onderdeel: handhaven) van de wet, die toelaat dat rechtsgeldige voorwaarden worden opgelegd.

Mijn conclusie is dus, dat het woord 'uitvoeren' in onder andere de artikelen 151 en 209, onder a, van de Gemeentewet een voldoende basis vormt om het bestuursoptreden tot handhaving van verplichtende voorwaarden door middel van bestuursdwang gelegitimeerd te achten.

De geldende opvatting over het begrip rechtsstaat verzet zich, dacht ik, niet tegen de opvatting, dat het bestuur bevoegd is in bedoelde gevallen bestuursdwang toe te passen. Allereerst 'machtigt' de volksvertegenwoordiging bij wettelijk voorschrift het bestuur tot het opleggen van de verplichting, terwijl de rechtsgeldigheid van die verplichting over het algemeen onderworpen kan worden aan een administratieve of rechterlijke controle. Vervolgens kan het bestuur een wettelijke basis aanwijzen waarop zijn dwingend optreden berust en bestaat er voor de burger sinds de invoering van de Wet AROB over het algemeen de mogelijkheid, het gebruikmaken van het dwingend optreden vooraf aan de AROB-rechter ter toetsting voor te leggen. Tenslotte nog dit: één van de voorwaarden om van een rechtsstaat te kunnen spreken, is de eis dat het recht gehandhaafd kan worden.

De vorenstaande conclusie neemt echter niet weg, dat het om rechtszekerheidsredenen en omwille van het beginsel dat het bestuursoptreden zoveel mogelijk op een wet moet berusten, gewenst is, in de wet uitdrukkelijk op te nemen dat het bestuur bevoegd is om bestuursdwang toe te passen bij niet-naleving van voorwaarden. De Werkgroep Herziening Gemeentewet heeft in artikel 125, lid 1, een bepaling voorgesteld, die als volgt luidt: 'Bij de uitvoering van wetten, algemene maatregelen van bestuur en van provinciale en gemeentelijke verordeningen heeft het gemeentebestuur de bevoegdheid tot het doen . . . van hetgeen in strijd met die regels of met ingevolge die regels gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten.' In de toelichting daarop wordt opgemerkt³⁵ dat op 'grond van in de praktijk gerezen vragen . . . uitdrukkelijk (is) vastgelegd, dat ook het niet of verkeerd naleven van verplichtingen, op grond van de wettelijke regels gesteld, onder de reikwijdte van de bestuursdwang valt. Te denken valt hierbij aan het niet of verkeerd

naleven van voorschriften gesteld bij een ontheffing of een vergunning'. Niet geheel duidelijk is, of onder deze bepaling ook beschikkingen vallen die een aanspraak op overheidsprestatie verlenen waaraan voorwaarden zijn verbonden.

5 Het bestuurlijk toezicht op bestuursdwang

5.1 Algemeen

In de Grondwet en de Gemeentewet zijn bepalingen neergelegd die het toezicht door een hoger bestuursniveau op het bestuurlijk handelen van het gemeentebestuur regelen.¹ Dit toezicht kan bestaan uit repressief en preventief toezicht op besluiten door organen van het gemeentebestuur genomen. Bovendien zijn er wettelijke voorzieningen die betrekking hebben op de taakverwaarlozing door het gemeentebestuur.² In het kader van dit onderzoek is van belang de vraag of er zodanige regelingen bestaan ten aanzien van bestuursdwang.

5.2 Het preventieve toezicht

Met betrekking tot preventief toezicht door een hoger bestuursniveau op besluiten van gemeentebesturen tot het toepassen van bestuursdwang is in de Gemeentewet niets voorgeschreven. Een bepaling van die strekking op autonoom terrein zou mijns inziens ook in strijd met de huidige Grondwet zijn. Immers, artikel 153, eerste lid, zegt dat aan de raad de regeling en het bestuur van de huishouding der gemeente worden overgelaten. Ten aanzien van deze principiële algehele bevoegdheidstoekenning wordt, wat het preventieve toezicht betreft zoals dat in de Grondwet is geregeld, slechts een uitzondering gemaakt voor met name genoemde categorieën van besluiten, waartoe besluiten tot het toepassen van bestuursdwang niet behoren. Uit dit systeem leid ik af, dat de daar bedoelde besluiten limitatief opgesomd zijn, waardoor het de wetgever niet toegestaan is andere besluiten aan preventief toezicht te onderwerpen.³ In artikel 7.9, tweede en derde lid, van de wet van 9 mei 1980, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake provincies

en gemeenten,⁴ wordt daarentegen onder andere bepaald dat de wet het toezicht op de gemeentebesturen regelt en dat besluiten van die besturen slechts aan voorafgaand toezicht worden onderworpen in bij of krachtens de wet te bepalen gevallen. In die visie zou de Gemeentewet dus wel kunnen voorschrijven dat het besluit tot toepassing van bestuursdwang op autonoom terrein goedkeuring behoeft. Hiermee wil overigens niet gezegd zijn, dat zulks ook wenselijk is. Integendeel, het vereiste van goedkeuring van besluiten op autonoom terrein dient met uiterste terughoudendheid te worden gehanteerd, omdat daarmee de beleidsvrijheid van gemeenten vergaand kan worden aangetast, dit de zelfstandigheid van gemeenten miskent en het voor het gemeentebestuur feitelijk onmogelijk maakt om aan de (vertegenwoordigers van de) burgers verantwoording af te leggen.⁵ Te meer nu er rechterlijke controle op de toepassing van bestuursdwang bestaat, lijkt mij bestuurlijke controle in de vorm van goedkeuring, die slechts negatief van aard kan zijn, in principe overbodig en ondoelmatig.⁶

5.3 Het repressieve toezicht

Het repressieve toezicht op besluiten van Burgemeester en Wethouders en van de Raad, zoals dat geregeld is in artikel 154 van de Grondwet en artikel 185 van de Gemeentewet, het zogenaamde schorsings- en vernietigingsrecht, geldt ook voor besluiten betreffende bestuursdwang. In dit verband is overigens belangrijk, welke gevolgen vernietiging krachtens artikel 185 van de Gemeentewet voor de uitoefening van bestuursdwang meebrengt. Deze vraag lost zich volgens een uitspraak van 28 februari 1975 van de Hoge Raad⁷ op in een andere, te weten: wat in het algemeen de gevolgen van vernietiging zijn. De Hoge Raad meent dat artikel 190 van de Gemeentewet, dat in dezen van belang is, 'antwoord bedoelt te geven of en in hoever aan de vernietiging van de besluiten . . . terugwerkende kracht toekomt, en de wetgever daarbij gekozen heeft voor een stelsel waarbij, voor zover de Kroom in het vernietigingsbesluit niet anders heeft beslist, dit besluit in dier voege terugwerkt dat in de vernietiging mede worden begrepen alle daarvoor nog vatbare gevolgen die het vernietigde besluit in het verleden had'. De Hoge Raad vervolgt met de opmerking 'dat de wetgever daarbij slechts kan hebben gedacht aan de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit, aangezien de feitelijke gevolgen uit hun aard door een vernietigings-

besluit niet in hun bestaan kunnen worden getroffen'. De Hoge Raad zegt bovendien: 'dat . . . de rechtspositie van hetgeen als gevolg van het vernietigde besluit in feite tot stand is gebracht door de terugwerkende kracht van het vernietigingsbesluit (wel) kan worden aangetast en aldus de vernietiging van een bouwvergunning, voor zover in het vernietigingsbesluit niet anders is bepaald, tot gevolg zal hebben dat hetgeen met gebruikmaking van de vernietigde vergunning is gebouwd rechtens als zonder bouwvergunning gebouwd zal moeten worden aangemerkt'. De vraag, of een gemeentebestuur in een dergelijk geval heeft te zorgen voor afbraak van een gebouw dat met een vernietigde vergunning is gerealiseerd, brengt de Hoge Raad vervolgens buiten de artikelen 190 en 191 van de Gemeentewet. De 'maatstaven aan de hand waarvan die vraag . . . moet worden beoordeeld (zijn) in beginsel geen andere dan die welke gelden voor het geval waarin van de aanvang af voor een bouw de vereiste vergunning niet was verstrekt'. Het 'bestaan van een onder alle omstandigheden . . . bestaande verplichting er voor te zorgen dat in geval zonder de vereiste bouwvergunning is gebouwd, het gebouwde wordt afgebroken, (kan) noch uit de Woningwet, noch uit enige bepaling van de Gemeentewet worden afgeleid'. Artikel 152 verleent aan de gemeentebesturen de bevoegdheid tot bestuursdwang en het is aan het beleid van de overheid overgelaten in hoeverre en op welke wijze zij tegen overtreding van voorschriften wil optreden. Bij de afweging van de in aanmerking komende belangen is zij in beginsel vrij, naar eigen inzicht de rangorde van die belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen, behoudens voor zover zij in redelijkheid niet tot dat inzicht kon komen, of uitgaande van dat inzicht in redelijkheid niet kon optreden zoals zij heeft gedaan.

Dit arrest heeft vele pennen in beweging gebracht.⁸ Volgens de conclusie van de Advocaat-Generaal Ten Kate bij het arrest van de Hoge Raad van 8 juni 1979⁹ betekent de aangehaalde passage uit het arrest van 28 februari 1975 (waarbij de Hoge Raad zegt dat de maatstaven waaraan de gemeente moet beoordelen of zij bestuursdwang zal toepassen of niet, 'in beginsel geen andere zijn dan die welke gelden voor het geval waarin van de aanvang af voor een bouw de vereiste bouwvergunning niet was verstrekt'), dat in beginsel over de gehele linie vrijheid van beslissing en geen verplichting bestaat, maar niet dat het, bij de afweging of in een gegeven geval bestuursdwang geïndiceerd is, geen verschil zou (mogen) maken of gebouwd is met een vernietigde vergunning dan wel dat de bouw is aangevangen zonder enige vergunning.

In de literatuur wordt veelal geschreven, dat wat gedekt door een geldige, niet geschorste, vergunning is gebouwd, bij goede trouw van de vergunninghouder in het algemeen niet voor afbraak in aanmerking komt,¹⁰ dat een en ander althans afhangt van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met afweging van alle betrokken belangen.¹¹ De AROB-rechter heeft zich tot dusverre over deze materie nog niet kunnen uitspreken.

De Werkgroep Herziening Gemeentewet is het met de zienswijze van de Hoge Raad in het arrest van 28 februari 1975 eens, 'omdat vernietiging naar haar aard slechts op rechtsgevolgen betrekking kan hebben. Dat betekent dan wel, dat ongedaanmaking van de feitelijke gevolgen in de regel afhankelijk is van een nadere beslissing van het gemeentebestuur.'¹² Wanneer een besluit van een gemeentebestuur vernietigd wordt en vernietiging een derde raakt, bijvoorbeeld in verband met een bouwvergunning die was verleend, dan zal het gemeentebestuur een beslissing moeten nemen over de vraag of bestuursdwang dient te worden toegepast ter amovering van een eventueel opgericht bouwwerk, aldus de Werkgroep. In overeenstemming met die visie is in het Ontwerp-Gemeentewet voorgesteld, dat vernietiging van een besluit zich uitstrekt tot alle rechtsgevolgen daarvan en terugwerkt tot het tijdstip waarop het besluit tot stand is gekomen¹³ en dat het orgaan welks besluit vernietigd is, opnieuw een besluit neemt omtrent het onderwerp van het vernietigde is opnieuw een besluit neemt omtrent het onderwerp van het vernietigde besluit, waarbij met het vernietigingsbesluit rekening wordt gehouden.¹⁴

Ik zal hier niet ingaan op de vraag naar de juistheid van de uitspraak van de Hoge Raad dat artikel 190 alleen ziet op rechtsgevolgen, maar mij beperken tot de vraag of de conclusie van de Hoge Raad, dat een gemeentebestuur in een dergelijk geval in beginsel bevoegd is tot bestuursdwang, en het voorstel van de Werkgroep Herziening Gemeentewet te dezen wel juist zijn te achten.

Artikel 190 van de Gemeentewet luidt: 'Vernietiging brengt mede vernietiging van alle daarvoor vatbare gevolgen der vernietigde bepalingen, voorzover bij Ons besluit niet anders is bepaald.' Betekent dit dat de vernietiging in alle gevallen terugwerkt tot het tijdstip waarop het besluit is genomen? Het rapport van de commissie inzake ABAR vermeldt dat 'genoemde voorschriften . . . aan de vernietiging in beginsel terugwerkende kracht (verlenen). De terugwerkende kracht treedt van rechtswege in'.¹⁵

De Hoge Raad merkt, zoals gezegd, in dit verband op 'dat artikel

190 antwoord bedoelt te geven op de vraag of en in hoever aan de vernietiging van de besluiten . . . terugwerkende kracht toekomt, en (dat) de wetgever daarbij gekozen heeft voor een stelsel waarbij voor zover de Kroon in het vernietigingsbesluit niet anders heeft beslist, dit besluit in dier voege terugwerkt, dat in de vernietiging mede worden begrepen alle daarvoor vatbare gevolgen die het vernietigingsbesluit in het verleden heeft gehad'.¹⁶

Ik ben het, gelet op de tekst van artikel 190, eens met de opvatting dat vernietiging in beginsel kan terugwerken. Echter slechts in beginsel, niet in alle gevallen. Zo is het bijvoorbeeld niet 'aannemelijk, dat elke op het vernietigde besluit gebaseerde rechtshandeling van rechtswege nietig zou zijn. Een zo diep in het privaatrecht insnijdende werking mag aan het vernietigingsrecht niet worden toegekend'.¹⁷ Evenmin lijkt het aanvaardbaar, dat artikel 190 zodanig geïnterpreteerd wordt dat vernietiging ook meebrengt vernietiging van rechtswege, met terugwerkende kracht, van de gevolgen die aan een begunstigende beschikking, waarvan de geadresseerde in redelijkheid mocht vertrouwen dat zij rechtsgeldig was, zijn verbonden.¹⁸ Deze gevolgen zijn daarvoor niet vatbaar, omdat daarmee op een dergelijke flagrante wijze inbreuk wordt gemaakt op het in het bestuursrecht erkende vertrouwensbeginsel, dat een zodanige uitleg één van de grondpijlers van de moderne rechtsstaat-idee zou aantasten. Zo het al niet verdedigbaar is dat het vernietigingsbesluit dergelijke gevolgen niet kan hebben - de wetteksten zijn niet ondubbelzinnig - is het toch wel acceptabel, te aanvaarden dat het vernietigingsbesluit, waarbij de Kroon in bedoelde gevallen niet anders heeft bepaald, in strijd is met het vertrouwensbeginsel. Zoals ook bijvoorbeeld besluiten tot het verlenen van terugwerkende kracht aan een besluit tot salarisverlaging,¹⁹ besluiten tot terugvordering van te veel genoten salaris of pensioen als gevolg van een bij normale oplettendheid van de ambtenaar niet te ontdekken administratieve fout,²⁰ of besluiten waarbij aanspraken met terugwerkende kracht beperkt zijn,²¹ vernietigd zijn wegens strijd met het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel, ware dat eveneens aan te nemen bij vernietigingsbesluiten met terugwerkende kracht van een begunstigend besluit. Dit laatste is slechts anders 'in een geval waarin de verstrekking (van een vergunning) een ook voor de (vergunning)-houder zo onmiskenbare wetsschending oplevert, dat hij had moeten begrijpen dat het desbetreffende overheidsorgaan hem deze niet had mogen verlenen'.²² Een dergelijke zienswijze biedt het voordeel, dat het de Kroon is die 'op afstand' en objectief kan beoordelen of de

vergunninghouder in redelijkheid op de rechtsgeldigheid van het begunstigende besluit heeft vertrouwd. In de constructie van de Hoge Raad is dit thans in eerste instantie de vergunningverlener die daarover bij het al dan niet toepassen van bestuursdwang oordeelt. Een probleem vormt echter het feit dat de AROB-rechter een Kroonbesluit tot vernietiging niet op zijn merites mag beoordelen.²³ Dat blijft dus tot de competentie van de gewone rechter behoren, hoewel het mij niet onmogelijk lijkt dat in het kader van de bestuursdwangbeschikking, die een vervolg is op het vernietigde besluit, de AROB-rechter indirect rekening houdt met de rechtsgeldigheid van het Kroonbesluit.

Mij zou in dit verband kunnen worden tegengeworpen, dat de verwachtingen niet gewekt zijn door de Kroon, maar door het gemeentebestuur. Dit lijkt mij echter ten opzichte van de te goeder trouw zijnde houder van een begunstigende beschikking niet zo relevant. Deze vertrouwt op de rechtsgeldigheid van de beschikking. Hij heeft te maken met 'de' overheid.²⁴ Het bestuursrecht, dat voor niet-ingewijden toch al niet uitblinkt door helderheid en duidelijkheid, zal door hen als volkomen onbegrijpelijk en onrechtvaardig worden ervaren, als rechten waarop men te goeder trouw afgaat, met terugwerkende kracht aangetast zouden kunnen worden. Bovendien kan de Kroon soms het verwijt worden gemaakt dat, als zij het besluit 'te laat' schorst of de vernietiging niet uitspreekt binnen de schorsingstermijn, zijzelf ook de verwachting heeft gewekt dat 'het wel in orde is'. Het is onredelijk, in een situatie waarin bijvoorbeeld een bouwwerk (deels) is gerealiseerd, over te gaan tot herstel in de vorige toestand en ermee te volstaan de vergunninghouder eventueel een schadevergoeding toe te kennen wegens het feit dat een onrechtmatige beschikking was genomen. Juister lijkt het mij, dat derde-belanghebbenden die van het verlenen van de met de wet strijdige beschikking schade hebben geleden, deze schade claimen bij de gemeente. Zeker nu derde-belanghebbenden de AROB-rechter kunnen inschakelen, als zij van mening zijn dat een beschikking ten onrechte genomen is en zij hun schade dus kunnen voorkomen of beperken, is deze redenering aanvaardbaar.²⁵ Immers, de Kroon kan vernietigen, ook als het bouwwerk gerealiseerd is, zij het dat zo'n besluit voor de te goeder trouw zijnde vergunninghouder niet meebrengt dat bestuursdwang kan worden toegepast. De vergunningverlener betaalt de schade die hij veroorzaakt heeft door zijn met de wet strijdige vergunningverlening; de derde-belanghebbenden krijgen hun schade vergoed, mits zij de schade zelf zoveel mogelijk beperkt hebben door

onder andere inschakeling van de AROB-rechter.

Overigens kan men zich ook om een andere reden afvragen, of het toepassen van bestuursdwang wel geoorloofd is in het geval waarbij een bouwvergunning vernietigd wordt, terwijl het bouwwerk reeds voordien gerealiseerd werd. De Woningwet verbiedt te bouwen zonder bouwvergunning. De bouwvergunning is een beschikking voor het verrichten van een aflopende handeling. Het bouwen geschiedde destijds met vergunning. Als de bouw gerealiseerd is, zijn de (meeste) rechtsgevolgen uitgewerkt. Zijn deze 'uitgewerkte' rechtsgevolgen, zonder dat de wetgever zulks uitdrukkelijk bepaald heeft, nog wel vatbaar voor vernietiging? Het lijkt mij niet voor de hand liggend. En is er overigens, als de Kroon een bouwvergunning vernietigt, wel sprake van een overtreding, die vergelijkbaar is met een overtreding die plaatsheeft als de bouwer vanaf het begin geen bouwvergunning heeft? Strafrechtelijk gezien komt de Hoge Raad hier met zijn eigen opvatting in de problemen. Ik zal hier verder niet op ingaan.²⁶

5.4 Het toezicht bij taakverwaarlozing

Met betrekking tot de taakverwaarlozingsregeling zij vooreerst de aandacht erop gevestigd, dat de verwaarlozing van autonome taken en de verwaarlozing van medebewindstaken door verschillende regels worden beheerst.²⁷

De Grondwet bepaalt in artikel 153, vierde lid, voor zover van belang, dat, wanneer het bestuur van de huishouding van een gemeente grovelijk wordt verwaarloosd, een wet kan bepalen hoe in het bestuur van die gemeente wordt voorzien. Het vijfde lid zegt, dat de wet bepaalt welk gezag het gemeentebestuur vervangt, wanneer dit in gebreke blijft in de uitvoering van wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen te voorzien. De Gemeentewet heeft dit in artikel 156 aldus uitgewerkt, dat, wanneer uiteindelijk Burgemeester en Wethouders of de Burgemeester niet of niet behoorlijk voor de hun in medebewind opgedragen uitvoering zorgen, de Commissaris van de Koningin op kosten van de nalatigen in de uitvoering kan voorzien.

Ten aanzien van grove verwaarlozing van de bevoegdheid tot uitoefening van bestuursdwang in autonomie bestaan juridisch geen problemen, althans indien geaccepteerd wordt dat de in artikel 210 van de Gemeentewet bedoelde bevoegdheid - gelet op artikel 209a,

in samenhang met 210 - een onderdeel vormt van het (dagelijks) bestuur en men met Van de Poel²⁸ aanneemt dat er, ondanks het woord 'opgedragen' in artikel 209, sprake is van autonomie en niet van medebewind, waarop de artikelen 151 en 156 betrekking hebben. In dat geval kan een wet in formele zin bepalen op welke wijze in dat gedeelte van het dagelijks bestuur wordt voorzien. Op het eerste gezicht bestaan met betrekking tot verwaarlozing van medebewind evenmin problemen, indien men ervan uitgaat dat de in artikel 152 van de Gemeentewet bedoelde bevoegdheid een onderdeel vormt van de in artikel 151 gevorderde medewerking. De Commissaris kan uiteindelijk in de door de gemeente niet of niet behoorlijk verleende medewerking voorzien.²⁹

Dat de Hoge Raad de mening is toegedaan dat de Commissaris der Koningin een taak heeft bij verwaarlozing van bestuursdwang, is te lezen uit zijn reeds eerder genoemde overweging dat het 'echter, behoudens de volgens artikel 156 aan de Commissaris der Koningin toekomende bevoegdheid aan het beleid van een gemeente is overgelaten . . .'.³⁰

Kocken³¹ constateerde in 1966, dat de Commissaris der Koningin van zijn bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang op grond van artikel 156 van de Gemeentewet nog nooit gebruik heeft gemaakt. Inmiddels is dat wel gebeurd. De Commissaris der Koningin in Limburg had besloten - toen het gemeentebestuur van Meerssen weigerde ertoe over te gaan, met bestuursdwang een met een vernietigde vergunning gedeeltelijk gebouwde woning af te breken - de bouwer te gelasten de bouwwerkzaamheden te staken.

Tot deze lastgeving achtte de Commissaris der Koningin zich bevoegd krachtens artikel 156 van de Gemeentewet. De bevoegdheid daartoe werd voor de President van de Rechtbank ontkend, doch die stelling is verworpen met de overweging dat de Commissaris der Koningin 'ingevolge artikel 156 Gemeentewet bevoegd is op te treden, wanneer Burgemeester en Wethouders niet of niet behoorlijk voor de hun in artikel 151 gemeentewet opgedragen uitvoering zorgdragen, waartoe blijkens artikel 152 van die wet ook behoort het uitoefenen van politiedwang . . .'. Over de juridische juistheid van de inhoud van de lastgeving werd tot bij de Hoge Raad³² geprocedeerd; de principiële kwestie van de bevoegdheid van de Commissaris der Koningin om 'in te grijpen' bij het niet (behoorlijk) uitvoeren van medebewindstaken, waartoe behoort het uitoefenen van bestuursdwang, kwam daarbij niet meer met zoveel woorden ter sprake.

Vaststaat dus, dat de Commissaris der Koningin in principe³³ be-

voegd is om op te treden als de gemeente nalaat door middel van bestuursdwang de uitvoering van medebewindswetten ter hand te nemen. Hierbij doet zich voor de Commissaris der Koningin een aantal moeilijkheden voor. Ten eerste zal hij marginaal moeten beoordelen of de gemeente in concreto niet of niet behoorlijk gezorgd heeft voor de uitvoering; hij zal dus een beleidsoordeel moeten vellen over de beleidsoverwegingen van de gemeente. Ten tweede zal hij - evenals de gemeentebesturen zelf - met diverse algemene problemen die aan de toepassing van bestuursdwang verbonden zijn, te maken krijgen.³⁴ Ten derde zal hij met enkele financiële consequenties rekening moeten houden. Wat dit laatste betreft, zij erop gewezen dat de Commissaris der Koningin 'ten koste der nalatigen in die uitvoering' voorziet. Onder 'nalatigen' wordt, blijkens de Memorie van Beantwoording, verstaan: 'zij die door niet of niet behoorlijk te handelen, aan hunne verplichtingen te kort deden, zonder dat eene wettige reden hen in het waarnemen van hun pligt hebbe gehinderd'.

In geval (uiteindelijk) Burgemeester en Wethouders, doordat zij in een bepaalde zaak van bestuursdwang afzien, niet (behoorlijk) uitvoeren, moeten dus de nalatige leden van dat college de kosten dragen.³⁵ Onduidelijk is dan of de eigenlijke wetsovertreder geen kosten behoeft te betalen. Een probleem vormt bovendien de vraag, welke leden van het College nalatig zijn geweest, hoe het kostenverhaal op die leden plaatsvindt, welke kosten verhaalbaar zijn en of het wel juist is dat bij nalatigheid van de 'gemeente' het bijna altijd de leden van het College van Burgemeester en Wethouders zijn die de kosten moeten dragen. Op deze problemen kan ik hier niet nader ingaan. Ik wil daarover slechts de volgende opmerking maken. Naar mijn mening kan - anders dan Kocken³⁶ beweert - de Commissaris der Koningin de kosten van door hem toegepaste bestuursdwang wel op de overtreders verhalen. Sinds de wetswijziging in 1964,³⁷ hoewel niet om deze reden gewijzigd, biedt artikel 155 van de Gemeentewet voldoende aanknopingspunten om de Commissaris daartoe bevoegd te achten. Dat artikel luidt thans - in tegenstelling tot vóór 1964, toen het regelde dat invordering kon geschieden door 'het orgaan, waaraan de in artikel 151 bedoelde medewerking is opgedragen' -: 'Het orgaan dat de in artikel 151 bedoelde medewerking verleent, kan bij dwangbevel de ingevolge artikel 152 verschuldigde kosten invorderen.' Welnu, indien de Commissaris, bij niet of niet behoorlijk uitvoeren van de aan gemeentelijke organen opgedragen taken, in de uitvoering door middel van bestuursdwang voorziet, verleent hij in feite de medewerking zoals bedoeld in artikel 151. In dat geval kan hij ook

tot invordering van de kosten overgaan, zoals aangeduid in artikel 155. Een complicatie doet zich voor bij eventueel verzet tegen het dwangbevel; immers, verzet staat open door dagvaarding van de gemeente. Mijns inziens kan de gemeente in dat geval de provincie in vrijwaring oproepen.

Hoe het ook zij, het aspect van het kostenverhaal is in artikel 156 van de Gemeentewet niet voldoende uitgewerkt. Het zou beter aldus geregeld kunnen zijn, dat in principe alle kosten ten laste van de gemeente komen, met dien verstande dat de gemeente de kosten van de op last van de Commissaris uitgevoerde bestuursdwang op de overtreders kan verhalen. Het lijkt mij namelijk dat nalatige gemeenten zelf geconfronteerd moeten worden met de kosten van hun plichtsverzuim. Dit verzuim speelt evenwel in de relatie 'hogere overheid - lagere overheid'. De nalatige burgers hebben daarbij in beginsel geen belang. Voor hen is het - in abstracto - niet relevant, welke overheidsinstantie tegen hun overtreding optreedt. Artikel 121 van De gemeentewet herzien spreekt al niet meer over 'ten koste der nalatigen' als het om commissariaal ingrijpen gaat, maar over 'ten laste van de gemeente'. De Werkgroep Herziening Gemeentewet stelt in haar rapport voor:³⁸ '1 In geval van toepassing van artikel 124 (dit is bij taakverwaarlozing in medebewindsgevallen - H.S.) kan het college van gedeputeerde staten, onderscheidenlijk Onze commissaris in de provincie bestuursdwang toepassen namens het gemeentebestuur en ten laste van de gemeente. 2 De gemeente heeft dan voor het bedrag van de te haren laste gebrachte kosten verhaal op de overtreder. 3 Artikel 132 (dat handelt over de invordering van de verschuldigde kosten bij dwangbevel - H.S.) is alsdan van toepassing.' Door deze redactie wordt de hierboven weergegeven onduidelijkheid in de bestaande wettekst over de kwestie wie de 'nalatigen' zijn, vermeden en wordt mijn suggestie met betrekking tot het kostenverhaal goeddeels opgevolgd. Ik vraag mij wel af, of het juist is dat de gemeente voor de gehele te haren laste gebrachte kosten verhaal op de overtreder dient te hebben. Denkbaar is namelijk dat, als een provinciaal orgaan in het kader van de taakverwaarlozing bestuursdwang toepast, daarmee extra kosten gemoeid zijn. Met extra kosten bedoel ik die kosten, die louter een gevolg zijn van het feit dat de provincie ingrijpt bij taakverwaarlozing en die op zichzelf niets uitstaande hebben met de toepassing van bestuursdwang zelf.³⁹ Niet aanvaardbaar lijkt mij dat aan de overtreder ook die extra kosten, voor het ontstaan waarvan hem geen enkele blaam treft, in rekening kunnen worden gebracht. Tot slot wil ik hier op-

merken dat een beroepsrecht van de gemeente op de Kroon tegen het voornemen van de provincie tot ingrijpen, op zijn plaats zou zijn.⁴⁰ Bij zo'n belangrijke materie als verwaarlozing van een medebewinds-taak, waarbij diverse beleidsaspecten betrokken zijn waarover ver-schil van mening mogelijk is, past het dat een beleidsorgaan over die geschilpunten kan oordelen.

In dit verband dient nog vermeld te worden, dat in de ontwerpen van de Wet op de Ruimtelijke Ordening⁴¹ en de Woningwet⁴² een bepa-ling was opgenomen die erop neerkomt dat, indien een gemeentebe-stuur ter zake van de bij die wetsontwerpen uitgevaardigde voor-schriften nalaat bestuursdwang toe te passen, Gedeputeerde Staten of de Minister bestuursdwang kunnen toepassen. Het ging hier dus deels om een *lex specialis* ten opzichte van artikel 156 van de Ge-meentewet. De regering motiveerde de noodzaak van die bepaling door, wat het ontwerp van de Wet op de Ruimtelijke Ordening be-trof, te stellen dat ook bovengemeentelijke planologische belangen alleen bij bestemmingsplan zullen worden geregeld.⁴³

In de discussie die in de Tweede Kamer volgde over de noodzaak van opnemng van dit artikel, ging het met name over de vraag of artikel 156 van de Gemeentewet daarvoor niet voldoende soelaas zou bieden. Vooral door een betoog van Oud⁴⁴ zijn de artikelen niet aangenomen. Oud vraagt zich af, of 'de toestand hier nu zo bijzon-der (is), dat men niet kan volstaan met de regeling van artikel 156', en voert aan dat in artikel 156 van de Gemeentewet met opzet de Commissaris is 'geroepen, omdat daardoor, waar de commissaris nu eenmaal de positie heeft, dat hij een aan de Kroon ondergeschikte autoriteit . . . is, dus de Kroon aan de Commissaris eventueel een be-vel zou kunnen geven om in een bepaald geval tot de toepassing van die politiedwang over te gaan', en stelt verder dat 'wij toch wel met een zeer ernstig geval hebben te maken. Het moet al een zeer ernsti-ge verwaarlozing zijn . . . , politiedwang is geen kleinigheid. Wij gaan er ook in het algemeen van uit, dat er wel een bevoegdheid doch geen bepaalde verplichting tot politiedwang is, en wanneer het ge-meentebestuur nu om dat gemeentebestuur moverende redenen meent, geen politiedwang te moeten toepassen, dan moet toch wel zeer bepaaldelijk van onvoldoende uitvoering kunnen worden ge-sproken, als hoger gezag het wel gaat doen. Daarom laat ik het veel liever in het kader van artikel 156 van de Gemeentewet, dat altijd bedoeld is voor echte, exceptionele gevallen, dan dat wij het bij wijze van een soort normale regeling in de Woningwet krijgen'.

Het lijkt mij, ondanks dit betoog, dat de wetgever het voor bepaalde,

andere dan direct ernstige verwaarlozingsgevallen, waarop artikel 156 van de Gemeentewet het oog heeft, wenselijk kan achten dat er een mogelijkheid tot ingrijpen met bestuursdwang door een hoger bestuursniveau komt.⁴⁵ Van belang zal daarbij onder meer zijn de aard van de betrokken beleidssector, de vraag of ook het bovengemeentelijk belang bij de zaak betrokken is en de mate waarin de wetgever beïnvloeding nodig acht.

Overigens stelt zoals gezegd de Werkgroep Herziening Gemeentewet voor bij taakverwaarlozing ten aanzien van bestuursdwang door het College van Burgemeester en Wethouders of de Burgemeester, het College van Gedeputeerde Staten, onderscheidenlijk de Commissaris aan te wijzen.⁴⁶

Kan de Commissaris volgens de voorgestelde bepaling ook handelen als Gedeputeerde Staten in zo'n geval weigeren bestuursdwang toe te passen? Artikel 97 van de Provinciewet bepaalt dat de Kroon, wanneer Gedeputeerde Staten niet of niet behoorlijk voor de van hen gevorderde medewerking zorgen, de Commissaris bij een in het Staatsblad te plaatsen, met redenen omkleed besluit kan belasten de medewerking te verlenen. Hieruit valt af te leiden, dat de Commissaris door de Kroon kan worden bevolen over te gaan tot uitoefening van bestuursdwang, tenminste als men er van uitgaat dat de regeling, waarbij aan Gedeputeerde Staten wordt opgedragen erin te voorzien wanneer het College van Burgemeester en Wethouders het gevorderde besluit niet of niet naar behoren neemt, behoort tot de 'medewerking tot de uitvoering van wetten en algemene maatregelen van bestuur', zoals bedoeld in hoofdstuk IX van de Provinciewet. Daaruit valt echter niet te distilleren, dat de Commissaris in die gevallen ook zelfstandig kan optreden, omdat hem een dergelijke bevoegdheid met zoveel woorden niet is toegekend. Zo'n zelfstandig optreden lijkt mij omwille van goede bestuurlijk-politieke verhoudingen binnen een provincie ook niet gewenst. Vanwege het feit dat volgens het Ontwerp de Commissaris bij taakverwaarlozing door de Burgemeester diens 'vervanger' is dient hier ook te worden opgemerkt, dat in de op 12 januari 1966⁴⁷ voor de Commissarissen des Konings in de provincies vastgestelde instructie niet is neergelegd, dat zij de bevelen van de Kroon om krachtens artikel 156 van de Gemeentewet te handelen moeten opvolgen, terwijl sinds lange jaren (behalve de instructie) geen enkel koninklijk bevel aan de Commissaris wordt gegeven. Volgens de 'nieuwe' Grondwet kan de Commissaris enkel worden 'belast met de uitvoering van een door de regering te geven ambtsinstructie', en zijn incidentele bevelen, behou-

dens bij of krachtens een wet in formele zin, niet meer geoorloofd.⁴⁸ In het rapport van de Werkgroep Herziening Gemeentewet is aan deze punten geen aandacht besteed. Het komt mij voor, dat de ambtsinstructie op dit punt moet worden aangepast.

5.5 Het binnengemeentelijke toezicht

Naast genoemde vormen van toezicht door een hogere bestuurskolom bestaat er ook binnen de gemeenten toezicht op de toepassing van bestuursdwang. Hier valt allereerst te noemen de verantwoordingsplicht, zoals bedoeld in artikel 129 van de Gemeentewet, waarin in het eerste lid bepaald is dat de leden van het College van Burgemeester en Wethouders, tezamen en ieder afzonderlijk, aan de Raad verantwoording schuldig zijn voor het door het College gevoerde bestuur en te dien aanzien alle door de Raad verlangde inlichtingen geven, een en ander voor zover zulks niet strijdig is met het openbaar belang. Het tweede lid van dit artikel zegt dat gelijke verplichting bestaat voor de Burgemeester voor het door hem gevoerde bestuur. Op grond van dit artikel kan de Gemeenteraad genoemde organen ook ter verantwoording roepen ter zake van toepassing van bestuursdwang. Naast dit artikel kan gewezen worden op artikel 64, waarin onder meer geregeld is dat, indien aan een commissie andere dan adviserende bevoegdheden (bijvoorbeeld de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen) worden toegekend, de Raad 'voorzover zulks in verband met de aard en de omvang van de toegekende bevoegdheden nodig is . . . het toezicht van de Raad of van Burgemeester en Wethouders op de uitoefening van bevoegdheden door de commissies . . . alsmede de verantwoording aan de Raad' regelt. Ook ten aanzien van besluiten van commissies om bestuursdwang toe te passen, bestaat er dus een interne controlemogelijkheid. Bovendien is op deze regels de toezichtsregeling, zoals deze ook geldt voor strafverordeningen, van toepassing verklaard. Gedeputeerde Staten oefenen dus eveneens een externe controle op deze regels uit.

Vervolgens kan gewezen worden op artikel 211, eerste lid. Daarin is, kort samengevat, neergelegd dat bij uitvoering van bepalingen van een raadsbesluit door een gemeente-ambtenaar, de Raad regels moet stellen ten aanzien van de wijze waarop van die uitvoering be-

roep op Burgemeester en Wethouders openstaat. Bij toepassing van bestuursdwang door een gemeente-ambtenaar staat dus beroep open op Burgemeester en Wethouders.

Bij deze beroepsmogelijkheid aanknopend: voor de burgers zijn er ook mogelijkheden van rechtsbescherming bij de onafhankelijke rechter. Hiervoor verwijs ik naar het volgende hoofdstuk. Ik merk nog slechts op, dat de burgers door de invoering van de Wet Openbaarheid van Bestuur⁴⁹ en de daarbij behorende besluiten zich mijns inziens thans beter kunnen oriënteren op het handhavingsbeleid ten aanzien van wettelijke overtredingen, waartoe de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen behoort, dan vóór die tijd.

Tenslotte - zij het in dit verband slechts zijdelings van belang -: de burgers kunnen van hun mening over het beleid dat bij bestuursdwang wordt gevoerd, uiteraard ook doen blijken bij de periodieke verkiezingen van de gemeenteraadsleden. Bovendien kunnen en zullen vaak de publiciteitsmedia een 'toezichthoudende' functie vervullen, hoewel deze controle natuurlijk van geheel andere aard is dan de juridische toezichtsvormen. In het rapport van de Werkgroep Herziening Gemeentewet worden te dezen geen wezenlijke veranderingen voorgesteld,⁵⁰ zij het dat, zoals gezegd,⁵¹ daarin geen mogelijkheid wordt geopend om de bevoegdheid tot bestuursdwang toe te kennen aan een ambtenaar, waardoor er dan ook geen behoefte bestaat aan bijvoorbeeld een mogelijkheid tot beroep daartegen op een gemeentelijk orgaan.

6 De rechtsbescherming tegen bestuursdwang

6.1 Algemeen

Tot de inwerkingtreding van de Wet AROB konden de belanghebbenden bij bestuursdwang in rechte worden beschermd door de burgerlijke rechter. Dit gold zowel voor de bescherming tegen de voorgenomen als tegen de toegepaste bestuursdwang. Ook derde-belanghebbenden konden zich tot de burgerlijke rechter wenden.

In tegenstelling tot de verwachtingen van velen¹ heeft de AROB-rechter al spoedig te kennen gegeven dat de rechtsbescherming tegen voorgenomen bestuursdwang, indien de wet een waarschuwing vooraf verplicht stelt, voortaan bij de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State thuishoort, omdat zo'n waarschuwing een beschikking in de zin van de Wet AROB is.² De door de Afdeling gehanteerde en door de Hoge Raad gesauveerde³ constructie is als volgt. De waarschuwing is een beschikking, omdat deze de voorwaarde is voor het rechtsgeldig uitoefenen van bestuursdwang en dus op rechtsgevolg gericht. De waarschuwing schept voor de overheid de bevoegdheid tot bestuursdwang. Zij is tot bestuursdwang niet verplicht en daarom ook niet tot het doen uitgaan van een waarschuwing. De beoordeling of de bevoegdheid voldoet aan algemeen verbindende voorschriften en aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur op grondslag van de Wet AROB, die beoogt een verhoogde rechtsbescherming voor de burger tot stand te brengen, mag slechts achterwege blijven indien de wet een uitdrukkelijke uitzondering zou hebben bevat, quod non.

Deze constructie komt naar mijn mening in strijd met de wetshistorie van de Wet AROB, alsook met de heersende leer over het beschikingsbegrip. De verplichting van de burger om de wet na te leven en om de feitelijke situatie aan de wettelijke situatie aan te passen of aangepast te houden, vloeit rechtstreeks uit de wet voort. Het recht van de overheid om bestuursdwang toe te passen, wordt niet, zoals de Afdeling meent, geschapen door de waarschuwing, maar komt haar

reeds toe, ofwel suo jure, ofwel omdat haar dit in de wet is toegekend.⁴ Bestuursdwang is een feitelijk handelen. Weliswaar schrijft de wet voor, dat in principe van de bevoegdheid daartoe eerst gebruik mag worden gemaakt nadat de betrokkene gewaarschuwd is, maar dit voorschrift is niet in de wet opgenomen ten behoeve van het scheppen van een bevoegdheid voor de overheid, maar ter wille van de burger, om hem te beschermen tegen een onaangekondigd daadwerkelijk optreden, waartoe de overheid overigens bevoegd is.

Het lijkt mij dat dit een eis ten opzichte van de burgers is, die aan de overheid ook gesteld zou zijn krachtens het beginsel van behoorlijk bestuur, dat als zorgvuldigheid bekend staat, indien hij niet in de wet zou zijn opgenomen.⁵ Dit beginsel brengt onder andere met zich mee dat de overheid, voordat zij tot een daadwerkelijk ingrijpen overgaat, de betrokkene daarvoor waarschuwt. De strekking van de waarschuwing is mijns inziens het herinneren aan de verplichting van de betrokkene en aan de dreiging van een optreden, in de vorm van bestuursdwang, indien de betrokkene zijn verplichting niet nakomt.

Een dergelijke, in de wet soms verplicht gestelde voorbereidingshandeling ten behoeve van een feitelijke handeling kan bezwaarlijk met de door de Afdeling genoemde argumenten als een rechtshandeling worden aangemerkt, omdat daarmee elk onderscheid tussen rechtshandeling en rechtsfeit verdwijnt. Zou immers de weggebruiker die van richting wil veranderen, een rechtshandeling verrichten indien hij, alvorens hij die manoeuvre uitvoert, zijn voornemen daartoe kenbaar maakt en voorsorteert, enkel en alleen omdat die handelingen wettelijk verplicht⁶ zijn gesteld, vóórdat hij 'rechtmatig' van richting mag veranderen? Het verschil, dat bij een waarschuwing de wettelijke plicht bestaat uit een schriftelijke handeling en bij het gekozen voorbeeld niet, doet in dit verband niet ter zake. Overigens zou bij wettelijk verplicht gestelde voorbereidingshandelingen ook gedacht kunnen worden aan wettelijke eisen tot bijvoorbeeld het horen van belanghebbenden,⁷ het vragen van advies,⁸ het ter inzage leggen van een verzoek om vrijstelling.⁹

Het begrip rechtshandeling zou toch wel erg verwateren en aan onderscheidend vermogen inboeten, als men in die voorbereidingshandeling om die reden tevens een rechtshandeling wil zien.¹⁰ Een wettelijk voorgeschreven voorbereidingshandeling is slechts een rechtshandeling, indien die handeling 'gericht is op enig rechtsgevolg'. Het feit dat de waarschuwing voorwaarde is voor het rechtsgeldig¹¹ uitoefenen van een feitelijk handelen en de wet aan de waarschuwing het gevolg verbindt dat de overheid in principe eerst na die waarschuwing 'recht-

matig' bestuursdwang kan toepassen, maakt nog niet dat de waarschuwing daarop ook gericht is.¹² En dit 'gericht zijn op een rechtsgevolg' is volgens de Wet AROB noodzakelijk, wil er sprake zijn van een appellabel besluit.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van het huidige beschikingsbegrip in de Wet AROB is duidelijk af te leiden, dat er een onderscheid kan worden gemaakt tussen besluiten 'gericht op enig rechtsgevolg' en besluiten 'waardoor rechtsgevolg ontstaat'.¹³ Onder dit laatste zou bijvoorbeeld de feitelijke onrechtmatige overheidsdaad vallen, omdat daardoor een wettelijke schadeplicht ontstaat. Dit onderscheid, dat ook wordt gemaakt in de heersende leer omtrent rechtshandelingen,¹⁴ is in de Wet AROB uitdrukkelijk gehandhaafd door te spreken - zulks in afwijking van een amendement dat voorstelde de woorden 'de beslissing, waardoor enig rechtsgevolg ontstaat' te gebruiken - van een 'besluit gericht op enig rechtsgevolg'.¹⁵

Dat tegen zo'n scheiding bezwaren¹⁶ kunnen worden gemaakt, met name vanwege de belemmering in de ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid, doet niets af aan de wetshistorie en de wettekst. Een beroep op de 'rechtsbescherming', waarmee de Afdeling Rechtspraak haar interpretatie meent te kunnen staven, is daartoe volstrekt onvoldoende.

Eén van de voorstanders¹⁸ van de opvatting dat de waarschuwing een beschikking is, meent dat lang niet in alle mogelijke gevallen bestuursdwang wordt toegepast en dat de omstandigheid dat het bestuur uit de diverse niet geheel 'en règle' zijnde situaties die gevallen selecteert waarin wel desnoods met bestuursdwang zal worden opgetreden, het verdedigbaar maakt dat er sprake is van enig rechtsgevolg, respectievelijk dat zich rechtsgevolgen voordoen. Ik wil daartegenover stellen, dat dit nog niet betekent dat daarmee gegeven is dat de waarschuwing daardoor gericht is op dat (die) rechtsgevolg(en). Bovendien gaat deze argumentatie eerder op voor het besluit om 'op te treden' respectievelijk bestuursdwang toe te passen, dan voor de waarschuwing.

Belinfante¹⁹ zegt, dat de bestuursdwang-sanctie wordt toegepast door het uitvaardigen van een beschikking waarin de verplichting om weg te nemen en dergelijke in concreto wordt opgelegd. Hiertegen kan worden aangevoerd dat die verplichting in het algemeen niet gecreëerd wordt door de waarschuwing, maar rechtstreeks uit de wet voortvloeit. Dat de overheid die bestaande verplichting niet altijd afdwingt,²⁰ is een andere kwestie. Van der Burg²¹ huldigt de opvatting dat de waarschuwing vooral ook deze betekenis heeft, dat een bestuursorgaan officieel vaststelt dat er een met de wet strijdige situatie

is gecreëerd, en dat zij als het ware een bestuurlijk strafvonnis is. De argumentatie moet volgens hem gericht worden op de exorbitante bevoegdheid van het bestuur om buiten de strafrechter om strafbare feiten vast te stellen. Hierover wil ik opmerken dat de bevoegdheid om door middel van bestuursdwang tegen de onrechtmatige situatie op te treden, bestaat, ongeacht of de overtreding een strafbaar feit oplevert en of er zelfs maar straf op gesteld is. Bovendien hoeft het 'vaststellen van de overtreding' niet pas te gebeuren bij de officiële waarschuwing, maar heeft dit in de praktijk vaak reeds in een (veel) eerder stadium plaats.²² Een ander argument tegen deze redenering is, dat het officieel vaststellen van een met de wet strijdige situatie nog niet hoeft te betekenen dat de waarschuwing daarmee een rechtsvaststellende beschikking is geworden. Volgens de gebruikelijke opvattingen over een rechtsvaststellende beschikking is immers vereist dat het gaat om een beschikking, gericht op de vaststelling van bepaalde eigenschappen van personen of zaken of de vaststelling van gebeurtenissen, waaraan het objectieve recht bepaalde consequenties verbindt.²³ Zo'n rechtsvaststellende beschikking dient ervoor om het rechtsgevolg, dat de wet al in abstracto heeft bepaald, in concreto vast te stellen.²⁴ Naar mijn mening is een waarschuwing op zichzelf - zoals gezegd - niet gericht op de vaststelling van iets ter wille van (rechts)gevolgen, noch op het in concreto vaststellen van het rechtsgevolg. De AROB-rechter heeft overigens de constructies van Belinfante en Van der Burg verworpen, aangezien hij de aanschrijving om een zonder vergunning gebouwd bouwwerk te slopen, waaruit tevens het vaststellen van een met de wet strijdige situatie kan worden geconstrueerd, niet als een beschikking aanmerkte.²⁵

Een beschikking in de zin van de Wet AROB is uit de waarschuwing ook niet te construeren, als gevolg van het feit dat de wetteksten spreken van het 'doen wegnemen' etc. Met het woord 'doen' wordt weliswaar tot uitdrukking gebracht de bevoegdheid om een rechtshandeling te verrichten, te weten die waarbij aan ambtenaren of derden opdracht wordt gegeven tot het wegnemen etc., maar zo'n rechtshandeling doet alleen rechtsgevolgen (de verplichting tot uitvoering) ontstaan die 'intern' werken. Bovendien hoeft die opdracht niet samen te vallen met de waarschuwing en kan zij mondeling worden gegeven. Toch lijkt het theoretisch verdedigbaar, dat de waarschuwing ook gericht is op rechtsgevolg. Volgens de recente jurisprudentie²⁶ - de wet laat zich daarover met zoveel woorden nog niet uit - moet de waarschuwing onder andere een termijnstelling bevatten en ondubbelzinnig aangeven op welke wijze de belanghebbende dient te handelen,

teneinde te voorkomen dat bestuursdwang wordt toegepast. Als gevolg van deze jurisprudentie-eisen is de strekking van de waarschuwing mede, dat de overheid zich binnen de gestelde termijn in principe niet bevoegd verklaart om met bestuursdwang op te treden, respectievelijk dat zij één van de wettelijk mogelijke verplichtingen (bijvoorbeeld afbreken of niet-gebruiken van een clandestien bouwwerk) concretiseert. Op die nieuwe rechtsgevolgen is de waarschuwing dan mede gericht.

Hoe dat ook zij - en nog afgezien van eventuele praktische bezwaren tegen de opvatting, dat (alleen) de waarschuwing een beschikking is -, de AROB-rechter hanteert een andere constructie.

6.2 De gevolgen van de rechterlijke opvatting, dat de waarschuwing een beschikking is

Een logisch gevolg van de opvatting van de rechter over het beschikkingskarakter van de waarschuwing is, dat de Wet AROB van toepassing is op de voorgeschreven waarschuwing. Voor de belanghebbende bestaat hierdoor de mogelijkheid - na een waarschuwing - de voorgenomen bestuursdwang door de AROB-rechter op de rechtmatigheid ervan te laten toetsen. Weliswaar kan in feite slechts de rechtmatigheid van de waarschuwing beoordeeld worden, maar de AROB-rechter stelt de waarschuwing vaak gelijk met de voorgenomen bestuursdwangtoepassing zelf.²⁷ De procedure begint over het algemeen met een volledige heroverweging door middel van een bezwaarschriftenprocedure bij het orgaan dat de beschikking heeft genomen,²⁸ waarna een 'rechtmatigheidstoetsing' kan volgen bij de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State. Bovendien bestaat voor de belanghebbende tijdens die procedures de mogelijkheid om de Voorzitter van die Afdeling te verzoeken het besluit te schorsen, op grond van de overweging dat de uitvoering van het besluit voor hem een onevenredig nadeel met zich mee zou brengen in verhouding tot het door een onmiddellijke uitvoering van het besluit te dienen belang.²⁹ Bij zijn beslissing let de Voorzitter niet alleen op de (on)evenredigheid tussen het nadeel voor belanghebbende en het belang dat gediend is met directe uitvoering van het besluit, maar mede op de rechtmatigheid van de voorgenomen bestuursdwang.³⁰ Tenslotte kan de belanghebbende bedoelde Voorzitter vragen, een voorlopige voorziening te treffen ter voorkoming van zo'n onevenredig nadeel.³¹

De inschakeling van de Afdeling Rechtspraak (na een bezwaarschrift)

en de Voorzitter van die Afdeling is ook mogelijk voor de derde-belanghebbende. Als een gemeentebestuur weigert een waarschuwing te zenden, dan kan de derde-belanghebbende die beslissing in rechte aanvechten.³² De Afdeling Rechtspraak stelt overigens, zoals opgemerkt, een besluit op een verzoek om gebruik te maken van de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang, vaak gelijk aan een besluit op een verzoek om een waarschuwing te geven. In verband hiermee en gelet op de mogelijkheid van een voorlopige voorziening die de Voorzitter kan treffen, zijn er voor de derde-belanghebbende mogelijkheden om te bereiken dat er een waarschuwing uitgaat of dat de gemeente maatregelen treft.³³

Deze situatie heeft ingrijpende gevolgen voor de overheid, voor de overtreder-belanghebbende en voor de derde-belanghebbende. Immers, in de situatie vóór de inwerkingtreding van de Wet AROB hadden de overtreder-belanghebbende en de derde-belanghebbende de mogelijkheid om de rechtmatigheid van de (voorgenomen) toepassing van bestuursdwang te laten beoordelen door de burgerlijke rechter, vooraf meestal door middel van een kort-geding-procedure en achteraf via verzet bij het kostenverhaal of via een actie uit onrechtmatige daad. Ik zal eerst in het algemeen de belangrijkste gevolgen van de huidige situatie, vergeleken met de vroegere, voor elk van de genoemde personen afzonderlijk beschrijven, waarna ik op enkele bijzondere uitspraken en gevolgen nader zal ingaan.

De overheid

1 Het risico en de daaruit voortvloeiende vrees van de overheid in bijvoorbeeld rechte 'twijfelachtige' aangelegenheden³⁴ voor schadeclaims, niet-verhaalbaarheid van de gemaakte kosten, te lijden gezichtsverlies, verlies van vertrouwen, omdat de rechter achteraf de bestuursdwang onrechtmatig kan oordelen, zijn, doordat de betrokkene de AROB-rechter thans op eenvoudige en goedkope³⁵ wijze vooraf kan inschakelen, waardoor eerder (voorlopige) zekerheid over de rechtmatigheid van een en ander ontstaat, goeddeels verdwenen. Goeddeels, omdat: *a* in de gevallen waarin wettelijk geen waarschuwing is voorgeschreven,³⁶ er volgens de AROB-rechter geen beschikking is en dus AROB-beroep onmogelijk; *b* de feitelijke uitvoering zelf 'slechts' onderworpen blijft aan toetsing door de burgerlijke rechter achteraf; *c* niet alle rechtsvragen in de AROB-procedure bekeken kunnen worden;³⁷ en *d* de belanghebbende mogelijk geen schorsing aan de Voorzitter vraagt als hij een bezwaar- of beroepschrift indient.³⁸ Zag de overheid in het verleden om deze reden soms af van

gebruikmaking van haar bevoegdheid tot bestuursdwang en zocht zij naar alternatieven,³⁹ thans bestaat aan dit laatste minder behoefte. In de situaties echter waarin de Wet AROB niet van toepassing is, blijft die vrees aanwezig.

2 Het bestuur kan de verantwoording voor de onplezierige maatregel 'afschuiven' naar de AROB-rechter. Deze bepaalt thans immers veelal vooraf, of de overheid van de bestuursdwangbevoegdheid een (juridisch) verantwoord gebruik maakt.⁴⁰

3 De overheid kan door de AROB-rechter, gezien bijvoorbeeld de uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak de dato 9 maart 1978,⁴¹ min of meer 'gedwongen' worden om een waarschuwing te doen uitgaan, zulks omdat de Voorzitter dit op verzoek van een derde-belanghebbende als voorlopige voorziening bepaalt,⁴² of doordat de Afdeling bepaalt dat, indien de overheid geen gevolg geeft aan haar uitspraak waarbij bepaald is dat de overheid ten onrechte geen waarschuwing heeft doen uitgaan en dat de overheid een nieuw besluit moet nemen, zij aan de belanghebbende een dwangsom verbeurt of schadevergoeding moet betalen.⁴³ Bovendien kan de Voorzitter bij wijze van voorlopige voorziening bepalen dat de overheid maatregelen moet treffen. Deze maatregelen kunnen inhouden dat daadwerkelijk tot het toepassen van bestuursdwang wordt overgegaan.⁴⁴ Sinds kort kan ook de Voorzitter bij zijn (nadere) beschikking bepalen dat, indien en zolang het overheidsorgaan aan de uitgesproken schorsing of voorlopige voorziening niet of niet volledig gevolg geeft, het overheidslichaam aan de belanghebbende een dwangsom verbeurt.^{44a}

4 De overheid kan - als zij voornemens is bestuursdwang toe te passen en omtrent de geoorloofdheid ervan 'zekerheid' wil hebben - geen (spoedeisende) uitspraak van de AROB-rechter vragen. Dit blijft voorbehouden aan de persoon die door de beschikking rechtstreeks in zijn belang is getroffen.⁴⁵

5 De mogelijkheid van AROB-beroep schept voor de overheid enkele praktische problemen. Ik kom daar nog nader op terug.⁴⁶ Hier vermeld ik slechts, dat die problemen er zijn. Het zou te onoverzichtelijk worden, in dit summiere overzicht uitgebreid op die problemen in te gaan.

Samenvattend kan gesteld worden, dat de mogelijkheid van AROB-beroep in bestuursdwangzaken voor de overheid een aantal positieve, maar gelet op de punten 3, 4 en 5 ook negatieve gezichtspunten met

zich mee kan brengen. Anderzijds neemt de Wet AROB niet alle rechtsonzekerheid voor de overheid in dezen weg.

De overtreder-belanghebbende

1 De belanghebbende kan door de AROB-procedure op eenvoudiger en goedkopere wijze dan voorheen bij de kort-geding-procedure, een rechter inschakelen, die tevoren de geoorloofdheid van bestuursdwang beoordeelt. Eenvoudiger, omdat hij alles bij gemotiveerd geschrift zelf kan regelen, zonder dat hij een procureur moet inschakelen. Goedkoper, omdat hij hierdoor ook geen honorarium verschuldigd is aan een procureur, terwijl de belanghebbende bovendien - omdat de AROB-rechter in hoogste ressort uitspraak doet - geen risico loopt te worden geconfronteerd met de meestal erg hoge procedure- en andere kosten van hoger beroep en cassatie, welke rechtsmiddelen openstaan tegen een kort-geding-uitspraak. Bovendien is geen veroordeling in de proceskosten mogelijk.

2 Een belangrijk nadeel voor belanghebbende is dat de termijn waarbinnen 'geageerd' moet worden, korter is geworden. De civielrechtelijke verjaringstermijn is in beginsel dertig jaar; de beroepstermijn van de Wet AROB is in principe gesteld op dertig dagen. Degene die verzuimt tijdig AROB-beroep in te stellen, zal zijn doel ook niet meer kunnen bereiken bij de burgerlijke rechter. Deze zal de betrokkene in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaren.⁴⁷

3 Op de belanghebbende wordt een zware claim gelegd om te bezien of de brief van de overheid alle elementen bevat die nodig zijn om van een waarschuwing, en dus van een appellabele beschikking, te kunnen spreken. Dit is niet altijd eenvoudig. Zo is bijvoorbeeld louter en alleen de mededeling dat binnen een bepaalde termijn tot verwijdering van voorwerpen moet worden overgegaan, géén beschikking, omdat een waarschuwingselement ontbreekt. Evenmin is er sprake van een beschikking, als de overheid nalaat te vermelden dat niet alleen een met de geldende regels strijdige situatie is geconstateerd, met de verplichting tot verwijdering vóór een bepaalde termijn, maar ook dat zo nodig daaraan daadwerkelijk een einde zal worden gemaakt. (Zie over de formele eisen die de huidige jurisprudentie stelt aan de waarschuwing, uitgebreider blz. 122 e.v.)

Zou de belanghebbende te laat tot de ontdekking komen dat de (eerde-re) mededeling een beschikking was, dan heeft hij daarmee zijn recht om de bevoegdheid tot bestuursdwang aan te vechten, verloren. Bovendien is de belanghebbende belast met de keuze van de instantie.

Ook die keuze is niet altijd eenvoudig.⁴⁸

4 De belanghebbende kan de AROB-rechter alleen inschakelen indien de wet een waarschuwing-vooraf verplicht stelt. Dit is bij bestuursdwang door gemeenten niet altijd het geval. In de situaties waarin een waarschuwing wettelijk niet vereist is, blijft de belanghebbende aangewezen op de gewone (kort-geding-) rechter.⁴⁹

5 De AROB-rechter beoordeelt niet alle rechtsvragen in de AROB-procedure, zodat sommige vragen pas achteraf aan de orde komen bij de gewone rechter, dan wel vooraf toch weer bij de kort-geding-rechter.⁵⁰

6 Over de rechtmatigheid van de feitelijke uitvoering van bestuursdwang zal belanghebbende zich achteraf tot de burgerlijke rechter moeten wenden.⁵¹

Samenvattend kan gesteld worden, dat door de Wet AROB voor de overtreder-belanghebbende uit een oogpunt van rechtsbescherming in bepaalde mate een vereenvoudiging is opgetreden, vergeleken bij de vroegere situatie. De AROB-procedure, die goedkoper en eenvoudiger is, nodigt wellicht eerder uit tot een rechterlijk onderzoek vooraf naar de rechtmatigheid van de bestuursdwang. Daar staat echter tegenover, dat zich in de huidige situatie ook een aantal negatieve kanten manifesteert. Enkele ervan zijn: in sommige omstandigheden is AROB-beroep mogelijk, in andere niet, waardoor de belanghebbende blijft aangewezen op de burgerlijke rechter; de ontvankelijkheidstermijn bij AROB is korter dan bij de burgerlijke rechter; de belanghebbende moet in eerste instantie zelf bepalen of er sprake is van een beschikking, wat problemen met zich mee kan brengen, met name gezien de korte beroepstermijn.

De derde-belanghebbende

1 De derde-belanghebbende kan als gevolg van de Wet AROB op eenvoudiger en goedkopere wijze dan voorheen een rechter inschakelen om te beoordelen of de overheid juist handelde door op zijn verzoek om door middel van bestuursdwang tegen een met de wet strijdige situatie op te treden, geen of een negatieve beslissing te nemen. Een moeilijkheid voor de derde-belanghebbende is echter dat hij dan aan de overheid moet vragen, een waarschuwing tot bestuursdwang te geven of feitelijke bestuursdwang toe te passen. Dit laatste stelt de Afdeling Rechtspraak gelijk met een verzoek om een waarschuwing.⁵²

Maar als de derde-belanghebbende bijvoorbeeld zou vragen, een per-gola te verwijderen, dan oordeelt de AROB-rechter dat de weigering daartoe niet het nemen van een op rechtsgevolg gericht besluit is.⁵³

2 De AROB-rechter beslist meestal niet, of in de waarschuwing vermeld moet worden welke vorm van bestuursdwang zal worden toegepast.⁵⁴

3 De termijn waarbinnen de derde-belanghebbende moet ageren, is in principe beperkt tot dertig dagen.

4 De derde-belanghebbende kan de AROB-rechter alleen inschakelen, indien de wet een waarschuwing-vooraf verplicht stelt. In de andere situaties is hij aangewezen op de burgerlijke rechter.

5 Indien de gemeente, na een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak, inhoudende dat zij in redelijkheid niet kon weigeren bestuursdwang toe te passen en opnieuw moet beslissen op het bezwaarschrift, wel een waarschuwing doet uitgaan, maar de feitelijke bestuursdwang achterwege laat, zal de derde-belanghebbende zich toch weer tot de burgerlijke rechter moeten wenden.⁵⁵

6 De derde-belanghebbende zal, indien de gemeente geen gevolg geeft aan de uitspraak van de Afdeling Rechtspraak en deze rechter vervolgens een vergoeding of dwangsom oplegt, het geldbedrag moeten invorderen volgens de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁵⁶ Zulks geldt eveneens voor de dwangsom die de Voorzitter kan opleggen.

7 De AROB-procedure kan, als de derde-belanghebbende daarom verzoekt, aan de overtreder niet rechtstreeks verplichtingen opleggen.⁵⁷

Samenvattend kan worden opgemerkt, dat voor de derde-belanghebbende door de Wet AROB uit een oogpunt van rechtsbescherming in bepaalde mate een vereenvoudiging is opgetreden, vergeleken bij de situatie voordien. De AROB-procedure, die goedkoper en eenvoudiger is dan de vroegere procedure, nodigt wellicht eerder uit tot een rechterlijk onderzoek naar de rechtmatigheid van het 'stilzitten' van de overheid bij een met de wet strijdige situatie.

Er is echter ook een aantal nadelen aan de AROB-bescherming verbonden. Zo beoordeelt de AROB-rechter niet alle rechtsvragen en moet in sommige omstandigheden toch weer de burgerlijke rechter worden ingeschakeld.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd, dat de huidige situatie in het algemeen positieve kenmerken vertoont, maar dat zij toch ook weer niet geheel bevredigend is, noch voor de overheid, noch voor de overtreder-belanghebbende, noch voor de derde-belanghebbende.

Thans zal ik achtereenvolgens ingaan op: *a* enkele praktische problemen voor de overheid ter zake van bestuursdwang; *b* een aantal uitspraken met betrekking tot bestuursdwang, voor zover het gaat om de vraag of er sprake is van een beschikking;⁵⁸ en *c* de huidige competentieverdeling inzake bestuursdwang-aangelegenheden tussen de AROB- en de burgerlijke rechter. In de volgende paragraaf probeer ik oplossingen aan te dragen om de mijns inziens onbevredigende praktijk ongedaan te maken.

a Eén van de *praktische problemen voor de overheid met betrekking tot bestuursdwang* is het ongelimiteerde tijdsverloop tussen de waarschuwing en de uitspraak van de AROB-rechter. Bij dezen moet worden opgemerkt dat sommige gemeenten, indien AROB-beroep wordt ingesteld, behalve in spoedeisende gevallen, met de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang wachten totdat de uitspraak is verkregen, ook indien het ingestelde beroep geen schorsende werking heeft⁵⁹ of geen schorsing is gevraagd en verkregen. Deze gemeenten vinden dit eleganter dan onmiddellijk op te treden, zowel ten opzichte van de burger als tegenover de rechter. Bovendien vinden zij het veiliger (in verband met eventuele schadeclaims), te meer daar de Voorzitter al eens opgemerkt heeft, dat de gemeente die bestuursdwang toepast binnen de beroepstermijn en nalaat zich op de hoogte te stellen van een eventueel ingesteld beroep, daarvan min of meer een verwijt kan worden gemaakt.⁶⁰

Indien de gevraagde schorsing is verkregen,⁶¹ het beroepschrift schorsende werking heeft of 'vrijwillig' gewacht wordt met bestuursdwang en de termijn gelegen tussen de waarschuwing en de uitspraak van de AROB-rechter, waarbij verklaard wordt dat de waarschuwing geoorloofd was, bijvoorbeeld een jaar of meer heeft bedragen, dan kan het voor het bestuur desondanks bijzonder moeilijk, zo niet onmogelijk zijn, alsnog daadwerkelijk bestuursdwang toe te passen. Indien bijvoorbeeld een beroepschrift wordt ingediend tegen een waarschuwing dat bestuursdwang, in de vorm van ontruiming van een clandestien in gebruik genomen woonruimte, zal worden toegepast en de gemeente kan op grond van schorsing of wil anderszins de daadwerkelijke bestuursdwang niet doorzetten vóórdat de

AROB-rechter een uitspraak heeft gedaan, dan kunnen na een voor de gemeente positieve uitspraak na een jaar de omstandigheden dermate veranderd zijn, dat wordt afgezien van bestuursdwang. Deze omstandigheden kunnen dan zijn dat de bewoners inmiddels 'geseteld' zijn, het huis volledig is ingericht, de gezinsleden relaties, vrienden en kennissen hebben gekregen, de kinderen ter plaatse naar school gaan, etc. Het AROB-beroep werkt in zo'n geval voor het bestuursbeleid frustrerend.

Een kort-geding-procedure werkte aanmerkelijk sneller, omdat deze procedure in de praktijk de procedure in hoofdzaak is gaan vervangen en de '(eind-)uitspraak' zeer spoedig werd gedaan. Weliswaar kan ook volgens de Wet AROB om een 'onverwijld beslissing' worden gevraagd, maar dat kan alleen gebeuren op verzoek van de appellant.⁶² De overtreder-belanghebbende zal in het algemeen echter geen al te grote behoefte hebben aan een onverwijld uitspraak. Het gaat er hem vaak primair om, zo lang uitstel (schorsing) van de uitvoering van het besluit te krijgen totdat de rechter een oordeel over de rechtmatigheid van het besluit uitsprekt. Wannéer dat laatste gebeurt, is meestal van secundair belang.

De praktische problemen die door de AROB-jurisprudentie zijn ontstaan in verband met de niet-verhaalbaarheid van de gemaakte kosten van bestuursdwang bij de bestrijding van ongedierte, zullen om systematische redenen later behandeld worden (zie hoofdstuk 10).

Een mede in verband met het eerstgenoemde probleem van belang zijnde kwestie is de handelwijze die de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak volgt bij zijn bevoegdheid om een besluit tot bestuursdwang toe te passen of om een bevel te schorsen, en zijn bevoegdheid om een voorlopige voorziening te treffen.⁶³ Het is mij hier niet mogelijk, alle besluiten van de Voorzitter te analyseren, maar ik moet volstaan met enkele algemene opmerkingen. Gebruikmaking van bedoelde bevoegdheid mag naar mijn mening niet tot gevolg hebben, dat het doel dat met een bevel of met bestuursdwang wordt nagestreefd, op onverantwoorde wijze wordt belemmerd. Met name bij voorgenomen bestuursdwang kan een besluit tot schorsing zodanige problemen oproepen dat, indien in de hoofdzaak is uitgemaakt dat de voorgenomen bestuursdwang rechtmatig is, als gevolg van het tijdsverloop tussen de schorsing en de 'eind-uitspraak' de omstandigheden inmiddels dermate veranderd zijn, dat een feitelijke toepassing van bestuursdwang in redelijkheid niet meer mogelijk moet worden geacht. Het is daarom zaak, dat in de gevallen waarin te voorzien is dat dit zich kan voordoen, de gemeente aan de Voor-

zitter een goede toelichting geeft van de reden waarom naar haar mening een schorsing van de uitvoering van bestuursdwang een 'onherstelbaar' nadeel voor het met bestuursdwang te dienen belang te weegbrengt.

Bovendien meent Stellinga,⁶⁴ dat de Voorzitter bij de schorsing inzake bestuursdwang een genuanceerd beleid moet volgen, welk beleid ingesteld moet worden op de aard van het te berechten geval. Schrijver onderscheidt daarbij onder meer de volgende situaties: *a* de situatie dat verzoeker zonder vergunning heeft gebouwd; en *b* de situatie waarin er een rechtsstrijd aan de gang is, van welks afloop het kan afhangen of bestuursdwang wel gerechtvaardigd is. In eerstbedoelde situatie zou geen plaats zijn voor schorsing. Hoewel ik in beginsel⁶⁵ dit onderscheid onderschrijf, lijkt het mij dat de voorzitter ook in de onder *a* bedoelde situatie tot schorsing kan overgaan, als het onduidelijk is of voor het gebouwde een bouwvergunning vereist is en of die kan worden verleend. Stellinga zegt, dat het belang dat met de onmiddellijke uitvoering wordt gediend, is: het handhaven van de rechtsorde, die in casu eist dat er alleen met vergunning wordt gebouwd. Naar mijn mening is de strekking van de Woningwet echter ruimer. Niet alleen het bouwen met vergunning is essentieel, maar de Woningwet regelt het bouwen van bouwwerken, die aan de eisen van het bestemmingsplan, de bouwverordening etc. voldoen. Derhalve: indien het onzeker is of niet alsnog vergunning kan worden verleend, is schorsing op haar plaats. Uiteraard dient daarbij wel de vraag betrokken te worden of de verzoeker bereid is vergunning aan te vragen, of de verzoeker herhaaldelijk zonder vergunning bouwde etc.; gebeurt dat niet, dan wordt het gezag van de overheid op onverantwoorde wijze ondermijnd.

Het behoeft overigens geen verwondering te wekken, dat een ongemotiveerd 'nee' zeggen door de gemeente op een vraag van de Voorzitter of zij de schorsingsbeslissing wil afwachten, voor de Voorzitter de grond vormt om de schorsing onverwijld toe te kennen.⁶⁶ Zulk handelen kan eveneens leiden tot een veroordeling in kort geding door de President van de Rechtbank.⁶⁷

Problemen kunnen ook ontstaan bij het besluit van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak om een voorlopige voorziening te treffen, met name indien zij inhoudt dat bestuursdwang moet worden toegepast. Ook hier moet ik volstaan met een enkele algemene opmerking.⁶⁸ De bevoegdheid om een voorlopige voorziening te treffen, dient ruim te worden opgevat; zij kan, binnen de grenzen van de 'voorlopigheid' en van de omstandigheden van het bijzondere ge-

val, al datgene omvatten wat de Voorzitter doelmatig oordeelt. Daartoe kan ook behoren de voorziening, al dan niet in combinatie met een schorsing,⁶⁹ dat een waarschuwing moet worden gezonden of bestuursdwang moet worden toegepast. De vraag doet zich hierbij voor, of de gemeente, als de Voorzitter een besluit tot het verlenen van een vergunning heeft geschorst en tevens een voorlopige voorziening treft tot het zenden van een waarschuwing of het toepassen van bestuursdwang, daartoe bevoegd is krachtens bijvoorbeeld de artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet, dan wel of zij in de beschikking van de Voorzitter een titel vindt voor het toepassen van bestuursdwang.⁷⁰

Naar mijn mening dient hier een onderscheid te worden gemaakt naar gelang de situatie. Ten eerste kan het zijn, dat de inmiddels verrichte handeling van de aanvang af onrechtmatig is geweest, bijvoorbeeld omdat de vergunning niet in werking is getreden⁷¹ of bij nietigheid van rechtswege van de vergunning.⁷² In zo'n geval steunt het overheidsoptreden, evenals bij het niet verleend zijn van een vergunning, mede op bedoelde artikelen in de Gemeentewet. Vervolgens kan de situatie zo zijn, dat de handeling slechts gedeeltelijk verricht is en dat de vergunning geschorst wordt en de voorlopige voorziening inhoudt, dat tegen het verder handelen maatregelen moeten worden getroffen; ook in die situatie vindt het overheidsoptreden mede zijn basis in de Gemeentewet, omdat de schorsing onmiddellijk de werking van het geschorste besluit stuit⁷³ en het verder handelen dus illegaal zou zijn. Tenslotte kan de situatie zich voordoen dat de Voorzitter de vergunning schorst en de voorlopige voorziening treft dat tegen de met de geschorste vergunning verrichte handelingen maatregelen moeten worden getroffen. In een dergelijke omstandigheid kan de grond tot feitelijk handelen niet gelegen zijn in genoemde artikelen van de Gemeentewet, omdat degene aan wie vergunning was verleend, niet zonder vergunning en dus niet in strijd met de wet handelde. Een legitimatie van het overheidsoptreden kan dan alleen gevonden worden in artikel 10 van de Wet AROB en artikel 80, eerste lid, van de Wet op de Raad van State. Dit onderscheid moet mijns inziens consequenties hebben voor de door de AROB-rechter geboden rechtsbescherming tegen de aan het feitelijk optreden voorafgaande waarschuwing.⁷⁴

Overigens dient de administratieve rechter zich bij verzoeken om toepassing van bestuursdwang, gezien de vele belangen die daarbij betrokken zijn en vanwege het feit dat bestuursdwang een bestuursinstrument is dat met beleid en ten behoeve van een bepaald beleid

moet worden gehanteerd, een terughoudende gedragslijn op te leggen.⁷⁵ Zulks geldt vooral bij het treffen van een voorlopige voorziening tot het toepassen van bestuursdwang tegen verrichte handelingen, omdat daarbij geen eindoordeel kan worden gegeven over de rechtmatigheid van de hoofdzaak. Een van het oordeel van de Voorzitter afwijkend eindoordeel kan dan de nodige complicaties opleveren.⁷⁶

b In het kader van bestuursdwang is door de AROB-rechter een aantal vermeldenswaardige *uitspraken* gedaan wat betreft de vraag of er sprake is van een *beschikking* in de zin van de Wet AROB. Hiervóór is reeds uitgebreid ingegaan op de beslissing, dat de verplichte waarschuwing die aan bestuursdwang voorafgaat, als een beschikking moet worden aangemerkt.⁷⁷ Eveneens is aandacht besteed aan de kwestie, of een waarschuwing die gezonden wordt voordat een overtreding is begaan, een beschikking is.⁷⁸ Bovendien zal op blz. 122 e.v. de jurisprudentie van de AROB-rechter ten aanzien van de inhoud van de waarschuwing uitgebreid aan de orde worden gesteld. Tenslotte wordt op blz. 100 aandacht besteed aan de uitspraak, dat een kennisgeving inzake spoedshalve toegepaste bestuursdwang geen beschikking is.

Hier wordt op twee andere vragen ingegaan. Ten eerste: of een 'herhalingswaarschuwing' een beschikking is; en ten tweede: of een waarschuwing die ter uitvoering van een voorlopige voorziening is gedaan, weer onderwerp van geschil kan worden in een AROB-procedure. Ten aanzien van de eerste vraag is de AROB-rechter van oordeel, dat een tweede of volgende waarschuwing een beschikking is, als daardoor rechtsgevolgen in het leven worden geroepen die niet reeds door de eerste waarschuwing waren teweeggebracht. Dit is het geval, indien de overheid na heroverweging op grond van nieuw gebleken feiten of omstandigheden opnieuw tot het doen uitgaan van een waarschuwing zou hebben besloten, dan wel het bestaan van zulke feiten of omstandigheden aannemelijk zou zijn, zonder dat de overheid daarop acht zou hebben geslagen.⁷⁹ Tegen deze constructie wordt door Scheltema uit theoretisch en uit praktisch oogpunt bezwaar gemaakt. Volgens hem is het theoretisch 'niet in te zien hoe de vraag of aan een besluit al of niet bepaalde overwegingen ten grondslag liggen, van invloed kan zijn op de vraag of het een rechtshandeling is. Of het al dan niet gericht is op rechtsgevolgen kan immers niet van de motivering afhangen. En praktisch is het ongelukkig, dat geen beroep zou openstaan indien bij het overheids-

orgaan geen heroverweging heeft plaatsgevonden, maar daartoe juist wel alle aanleiding was geweest'.⁸⁰ Schrijver concludeert dat voor het resultaat dat de AROB-rechter wil bereiken, namelijk niet-ontvankelijkheid, indien het gaat om een rechtsvraag die al eerder voorwerp van beroep is geweest, een verkeerde weg is gekozen. De algemene benadering van andere administratieve rechters en ook de Kroon is, dat men niet tot niet-ontvankelijkheid besluit, maar bij de beoordeling ten gronde uitgaat van de regel dat de overheid niet op een besluit behoeft terug te komen, tenzij duidelijk nieuwe feiten of overwegingen worden aangevoerd. In de verhouding tot de gewone rechter is het veel duidelijker, ieder besluit ter bevestiging van een eerdere beschikking als een beschikking te beschouwen. Dit ongeacht of daaraan een heroverweging ten grondslag lag of had moeten liggen. Want de bedoeling van de niet-ontvankelijkheid bij de Raad van State is niet dat men beter bij de burgerlijke rechter terecht kan, maar in wezen dat de besluiten tegenover de burger niet onjuist waren.

Wat daarvan ook zij, een besluit waarbij de waarschuwing wordt gehandhaafd of blijft geweigerd,⁸¹ een herinnering aan de waarschuwing,⁸² een besluit tot het verlenen van uitstel van de verplichting tot verwijdering,⁸³ of een mededeling dat - en op welk tijdstip - tot uitoefening van bestuursdwang zal worden overgegaan,⁸⁴ zijn volgens de AROB-rechter, behoudens bij het bestaan van nieuw gebleken feiten en omstandigheden, geen beschikkingen.⁸⁵ Overigens zal de gewone rechter zich (blijkens bijvoorbeeld uitspraken van 6 maart 1980⁸⁶ en 25 mei 1978⁸⁷) met het uitgeven van een nieuwe waarschuwing niet inlaten. De President van de Arrondissementsrechtbank in Assen zag in eerstbedoelde uitspraak in kort geding geen wettelijke grondslag voor de beweerde verplichting van het gemeentebestuur om door het uitgeven van een nieuwe aanschrijving eiseres in staat te stellen tot een nader beroep op de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State. Stellinga vraagt zich (in een noot onder die uitspraak) mijns inziens terecht af, of zo'n beroep toch al niet mogelijk was, nu de gemeente in dat geval de sluiting van het bedrijf had aangezegd bij een nadere aanschrijving.⁸⁸ Gelet op de jurisprudentie van de AROB-rechter, dat een nieuwe waarschuwing een beschikking is als er nieuwe feiten of omstandigheden bestaan, had de AROB-rechter daarover een oordeel kunnen geven. In de andere uitspraak werd een eiser in kort geding door de President van de Arrondissementsrechtbank in Alkmaar niet ontvangen in een vordering tegen een tweede sloopbevel, omdat de eiser zich daar-

mee keert tegen een beschikking, zoals bedoeld in de Wet AROB. Aangezien ter beslechting van zo'n geschil de speciale AROB-weg is geopend, werd eiser in die vordering niet-ontvankelijk verklaard. Ten aanzien van de vraag of een waarschuwing die ter uitvoering van een voorlopige voorziening is gedaan, weer onderwerp van geschil kan worden in een AROB-procedure, heeft de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak geoordeeld dat de artikelen 80, tweede lid, juncto 60d, eerste lid (inmiddels 60e) van de Wet op de Raad van State uitsluiten, dat een uitsluitend ter uitvoering van een voorlopige voorziening verrichte rechtshandeling zelf weer voorwerp van een zelfstandig schorsingsverzoek kan zijn.⁸⁹ De casus was als volgt. Burgemeester en Wethouders van Doorn hadden op 3 augustus 1979, zulks in verband met een getroffen voorlopige voorziening dat zij een waarschuwing moesten doen uitgaan, iemand gewaarschuwd dat, wanneer het zonder vergunning geëxploiteerde taxibedrijf niet onmiddellijk beëindigd zou worden, vanwege de gemeente met bestuursdwang zou worden opgetreden. Op 10 augustus 1979 deelde de aangeschrevene mede, dat hij gevolg zou geven aan de waarschuwing en dat hij zich in het vervolg zou beperken tot het vervoer van personen tegen een 'prix d'amis'. Hierop schreef het gemeentebestuur hem op 28 augustus 1979 andermaal aan, waarbij hij is gelast het vervoer van personen tegen vergoeding, zoals bedoeld, onmiddellijk te beëindigen, onder de mededeling dat, indien hij in gebreke zou blijven aan deze aanschrijving te voldoen, bestuursdwang zou worden toegepast. Tegen dit besluit diende hij een bezwaarschrift in, terwijl hij de Voorzitter verzocht dat besluit te schorsen. De Voorzitter overwoog, zoals gezegd, dat een uitsluitend ter uitvoering van een voorlopige voorziening verrichte rechtshandeling niet weer voorwerp van een zelfstandig schorsingsverzoek kan zijn. Voorts meende hij, dat hieraan niet afdoet 'dat verweerders hebben gemeend verzoeker op 28 augustus 1979 andermaal te moeten aanschrijven, zulks naar zij daarbij mededeelden na heroverweging van hun waarschuwing van 3 augustus 1979 in verband met het gestelde in eerderbedoelde brief van verzoeker van 10 augustus 1979. Het schrijven van verweerders van 28 augustus 1979 kan . . . niet gedacht worden enig op rechtsgevolg gericht besluit te bevatten . . . , zodat verzoeker in zijn daartegen gerichte bezwaarschrift niet-ontvankelijk is te achten. Derhalve kan hij ook in zijn verzoek om toepassing van artikel 80 van de Wet op de Raad van State niet worden ontvangen'. Uit deze uitspraak wordt door sommigen afgeleid dat zo'n waar-

schuwing, die de rechter aan het bestuur opdraagt, niet is op te vatten als een op rechtsgevolg gericht besluit.⁹⁰ Deze conclusie lijkt mij te gewaagd. De Voorzitter zegt slechts, dat de aangehaalde bepalingen van de Wet op de Raad van State uitsluiten dat een dergelijke waarschuwing weer voorwerp van een zelfstandig schorsingsverzoek kan zijn. Hij wijst er daarbij wel op, dat de aangeschrevene om wijziging van de voorlopige voorziening kan vragen.

Merkwaardig is zijn uitspraak overigens wel. Immers, waarom overweegt de Voorzitter dat een waarschuwing, zoals bedoeld, niet weer voorwerp van een zelfstandig schorsingsverzoek kan zijn? Het verzoek om schorsing richtte zich tegen de aanschrijving van 28 augustus 1979, dus niet tegen het besluit van 3 augustus daaraan voorafgaand. Is dat louter een - strikt genomen overbodige - vingerwijzing? Bovendien, waarom acht de Voorzitter de, na heroverweging tot stand gekomen, waarschuwing - anders dan in de hiervóór bedoelde gevallen - geen beschikking? Tenslotte, wat bedoelt hij met een 'uitsluitend' ter uitvoering van een voorlopige voorziening verrichte rechtshandeling? Zijn er dan ook 'gecombineerde' waarschuwingen mogelijk?

Wat daarvan ook zij, er zijn, zoals ik op blz. 89 heb uiteengezet, diverse situaties denkbaar waarbij de Voorzitter een voorlopige voorziening treft tot het zenden van een waarschuwing of tot het toepassen van bestuursdwang. In de situaties waarin het daaropvolgende overheidsoptreden mede steunt op de artikelen 152/210 van de Gemeentewet, is het in de visie van de AROB-rechter consequent, de waarschuwing als een beschikking aan te merken. Echter, in de situatie waarin het aangekondigde overheidsoptreden enkel zijn legitimatie vindt in artikel 10 van de Wet AROB en artikel 80, eerste lid, van de Wet op de Raad van State, kan er geen beschikking zijn, omdat een waarschuwing-vooraf wettelijk niet vereist en mogelijk is en zij dus ook geen voorwaarde voor het rechtsgeldig uitoefenen van bestuursdwang kan zijn. Wel kan in alle situaties om wijziging of opheffing van de voorlopige voorziening worden gevraagd, ook in laatstbedoelde situatie, hoewel daarin vreemd genoeg de waarschuwing niet kan worden aangevochten. In deze laatstbedoelde situatie is er geen rechtsbescherming bij de Afdeling Rechtspraak. Anders dan in het burgerrechtelijk kort geding, staat er voor de belanghebbende geen verzet of hoger beroep en cassatiemogelijkheid bij een 'hogere rechter' open. Het lijkt mij dat ook in het 'administratiefrechtelijk kort geding' daaraan behoefte bestaat, omdat de

Voorzitter zich kan vergissen of een zaak verkeerd kan beoordelen.⁹¹

Ik heb mij nog afgevraagd, of de in het kader van een voorlopige voorziening gezonden waarschuwing niet aangemerkt moet worden als zijnde afkomstig van een uitgezonderd administratief orgaan. Volgens artikel 1, eerste lid, onder i, van de Wet AROB zijn uitgezonderd organen op wier handelingen de rechterlijke macht toeziet, en wel voor zover het deze handelingen betreft.⁹² Als onder rechterlijke macht verstaan wordt de met rechtspraak belaste personen en colleges, en als (min of meer naar analogie van de redenering van de Kroon, dat de Officier van Justitie een orgaan is waarop de rechterlijke macht toeziet, omdat dit toezicht ligt in artikel 12 e.v. van het Wetboek van Strafvordering, hetwelk beklag mogelijk maakt bij het Gerechtshof tegen niet-vervolgving van een strafbaar feit door het Openbaar Ministerie⁹³) verdedigd wordt dat de gemeente in casu onder toezicht van de AROB-rechter staat, omdat volgens artikel 76 e.v. van de Wet op de Raad van State voorzieningen kunnen worden getroffen bij het niet gevolg geven aan een uitspraak, dan lijkt zo'n argumentatie zinvol. Echter, onder rechterlijke macht wordt enkel verstaan de typische rechterlijke macht van artikel 169 van de Grondwet, die wordt uitgeoefend door de rechters van de rechterlijke macht van artikel 167 van de Grondwet;⁹⁴ de analogie met de Officier van Justitie gaat niet op, omdat de Afdeling Rechtspraak niet kan bevelen dat het bestuur bepaalde handelingen moet verrichten, terwijl bovendien artikel 76 van de Wet op de Raad van State niet geldt voor een uitspraak op grond van artikel 80.

Overigens menen Ten Berge en Stroink, dat men zou kunnen redeneren dat, nu de waarschuwing is uitgegaan na een rechterlijk bevel, verzoeker door dit rechterlijk bevel in zijn belangen is getroffen. Tegen dit rechterlijk bevel kan niet worden geageerd op grond van artikel 1, eerste lid aanhef en onder f. Indien desondanks tot ontvankelijkheid wordt geconcludeerd, zullen de daartegen ingediende bezwaren en het beroep moeten worden verworpen, nu de waarschuwing het directe gevolg is van een op grond van een wettelijk voorschrift gegeven rechterlijk bevel.⁹⁵ Deze redenering kan mij niet overtuigen. Het bezwaar- en beroepschrift richt zich tegen de waarschuwing. Deze is weliswaar een gevolg van een rechterlijke uitspraak, maar daarmee wordt de waarschuwing nog geen besluit van bedoeld 'uitgezonderd orgaan'. Bovendien kan de waarschuwing nieuwe elementen bevatten, terwijl in die opvatting aan de rechtsbescherming van de burgers ernstig tekort wordt gedaan.

c De competentieverdeling inzake bestuursdwang-aangelegenheden tussen de AROB- en de burgerlijke rechter is op grond van de huidige jurisprudentie in hoofdlijnen als volgt. Hierbij wordt onder AROB-rechter mede de Voorzitter, die ex artikel 80 van de Wet op de Raad van State kan schorsen en voorzieningen kan treffen, en onder burgerlijke rechter mede de President in kort geding begrepen.

1 *De AROB-rechter* beoordeelt, in die gevallen waarin de wet een waarschuwing verplicht stelt, de rechtmatigheid van de waarschuwing en de vraag of van de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen een juist gebruik gemaakt wordt.⁹⁶ Hij beoordeelt de zogenaamde preventieve waarschuwing⁹⁷ en vooraf de geoorloofdheid van het kostenverhaal.⁹⁸

2 *De burgerlijke rechter* beoordeelt, in die gevallen waarin de wet geen waarschuwing verplicht stelt, of van de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen een juist gebruik gemaakt wordt.⁹⁹ Bovendien ziet hij erop toe, of, als in de wet voor spoedeisende gevallen een uitzondering is gemaakt op het zenden van een verplichte waarschuwing, de waarschuwing bij beweerde spoedeisendheid terecht achterwege is gebleven.¹⁰⁰ Hij beoordeelt of de vorm waarin bestuursdwang wordt uitgeoefend,¹⁰¹ rechtmatig is, en of dat ook geldt voor de feitelijke toepassing van bestuursdwang.¹⁰² Hij beslist in een verzetsprocedure over de verschuldigdheid van de kosten van bestuursdwang.¹⁰³ De President in kort geding beoordeelt, ook in die gevallen waarin de wet een waarschuwing verplicht stelt, de rechtmatigheid van de dreigende toepassing van bestuursdwang¹⁰⁴ en de rechtmatigheid van de voorgenomen bestuursdwang als de tijd om de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak in te schakelen te kort is.¹⁰⁵

Het feit dat beide rechterlijke instanties zich soms met dezelfde conflicten bezighouden, kan problemen opleveren, onder andere doordat zij in soortgelijke gevallen tot verschillende uitspraken komen. Voor de problemen bij het kostenverhaal verwijs ik naar hoofdstuk 10.

Bovendien is het onbevredigend, dat het soms de burgerlijke rechter en soms de AROB-rechter is die de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen beoordeelt. Evenzo is het onbevredigend, dat de vorm waarin bestuursdwang wordt toegepast meestal door de burgerlijke rechter beoordeeld wordt.

Een voorbeeld van competentiegeschil over feitelijke bestuursdwang

blijkt uit de zaak over de afsluiting van de havenmond in Delfzijl door middel van een dijk. De President in kort geding verklaarde eiseressen eerst niet-ontvankelijk in hun vordering om de werkzaamheden te staken, omdat het besluit tot afsluiting van de havenmond door middel van een dijk naar zijn oordeel als een beschikking in de zin van de Wet AROB moest worden beschouwd. Vervolgens verklaarde de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak verzoekers niet-ontvankelijk, omdat de in het geding zijnde besluiten naar zijn mening strekten tot het doen uitvoeren van feitelijke handelingen en niet gericht waren op enig rechtsgevolg. Daarna gaf de President in kort geding alsnog de gevraagde voorziening.¹⁰⁶

Ook verdienen in dit verband de vonnissen van de President van de Arrondissementsrechtbank te Haarlem van 6 juni en 3 juli 1980 vermelding.¹⁰⁷ De casus was als volgt. De gemeente Zaanstad maakte, zonder de daarvoor benodigde vergunning van Gedeputeerde Staten krachtens de Hinderwet, gebruik van een vuilnisbelt. De eiseres, een belangenvereniging, vroeg aan de President een verbod van dat gebruik. Aangezien Gedeputeerde Staten krachtens de Provinciewet bestuursdwang zouden kunnen toepassen, had eiseres zich, naar de mening van de gemeente, in plaats van tot de burgerlijke rechter tot Gedeputeerde Staten 'moeten wenden met het verzoek gepaste maatregelen te nemen tegen het gebruik . . . van de vuilnisbelt en die maatregelen, zo nodig, met bestuursdwang (krachtens artikel 116 van de Provinciewet) te realiseren'.¹⁰⁸ Tegen een dergelijke (negatieve) beslissing stond AROB-beroep open. De President kon met betrekking tot de vuilnisbelt geen beschikking ontdekken, doch wel een feitelijk handelen en overwoog vervolgens dat het eiseres 'onder de gegeven omstandigheden (vrij)staat . . . te kiezen voor het uitlokken van een beslissing van de burgerlijke rechter omtrent het . . . feitelijk handelen van De Gemeente danwel voor het eerst uitlokken van enige (AROB-)beschikking . . . met betrekking tot de vuilnisbelt om daarna de - alsdan exclusief geworden - . . . AROB-procedure(s) te gaan volgen.'

In dit soort situaties, waarin er sprake is van onrechtmatig feitelijk handelen en niet van een aanvechtbare beschikking, bestaat er, volgens die President, voor de belanghebbende dus een keuzemogelijkheid: het inschakelen in kort geding van de President, of het uitlokken van een AROB-beschikking, waarna hij bijvoorbeeld de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak kan verzoeken een voorlopige voorziening te treffen.

Burkens¹⁰⁹ merkt terecht op, dat het verweer van de gemeente

uiting geeft aan een misverstand omtrent de betekenis van het administratief recht tegenover het burgerlijk recht. Weliswaar houdt de burgerlijke rechter zich afzijdig door niet-ontvankelijkheid uit te spreken, indien eiser een andere met voldoende waarborgen omgeven rechtsweg kan bewandelen of had kunnen bewandelen, maar de niet-ontvankelijk-verklaring wordt slechts uitgesproken bij het bestaan van zo'n rechtsgang, die op hetzelfde is gericht. In casu zou een eventueel verzoek aan Gedeputeerde Staten gericht zijn op toepassing van bestuursdwang; de civiele procedure daarentegen was erop gericht dat het de gemeente verboden zou worden de vuilnisstortplaats verder te exploiteren. In de AROB-procedure gaat het over de vraag naar de rechtmatigheid van (de weigering tot) bestuursdwang; bij de civiele procedure heeft de rechter te bepalen of de bestreden onwettige handelingen ook jegens eisers zodanig onrechtmatig zijn dat zij door een verbod dienen te worden getroffen. Een AROB-procedure tegen weigering van bestuursdwang en een civiele procedure kunnen dan ook naast elkaar bestaan.

Ik zou daaraan willen toevoegen dat, zelfs wanneer de gemeente wel met vergunning zou handelen, dat nog niet behoeft te betekenen dat geen 1401-actie meer kan worden ingesteld tegen de vergunninghoudster.¹¹⁰ De overweging van de President - dat, indien eiseres de AROB-rechtsweg zou hebben ingeslagen, deze exclusief zou zijn geworden - is dan ook onjuist.

6.3 Hoe kunnen de onbevredigende gevolgen van de huidige rechtsbescherming ongedaan worden gemaakt?

Zoals geconstateerd werd, is één van de gevolgen van de opvatting van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State over het rechtskarakter van de waarschuwing, dat de (derde-)belanghebbende de AROB-rechter alleen kan inschakelen indien de wet een waarschuwing-vooraf verplicht stelt. Dit is bij bestuursdwang niet altijd het geval. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld spoedeisende gevallen, aan gemeentebesluiten inzake bestuursdwang waarop de artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet niet van toepassing zijn, en aan enkele afzonderlijke wetten die bij bestuursdwang geen waarschuwing voorschrijven.¹¹¹ In deze situaties kan de AROB-rechter geen rechtsbescherming bieden, maar blijft de (derde-)belanghebbende, evenals voorheen, aangewezen op de gewone (kort-geding-) rechter.

Dit gevolg lijkt mij praktisch ongewenst, maar bovendien theoretisch niet noodzakelijk. Indien de bovenbeschreven constructie van de Afdeling Rechtspraak zou worden verlaten en de hierna te bespreken redenering wordt gevolgd, zal dit ongewenste gevolg grotendeels voorkomen worden. Verdedigbaar is mijns inziens, dat in de beslissing om bestuursdwang toe te passen mede een beschikking in de zin van die wet kan worden gezien. Zo'n beslissing is er namelijk mede op gericht, de belanghebbende bij die concrete situatie de verplichting op te leggen, te gedogen dat de overheid met bestuursdwang tegen de overtreding optreedt. Weliswaar is de burger op grond van de wet gehouden de basisverplichting na te komen, maar de verplichting om te gedogen dat de overheid tegen de overtreding feitelijk optreedt, ontstaat niet rechtstreeks uit de wet, maar is enkel een gevolg van het overheidsbesluit om in een concreet geval bestuursdwang toe te passen. Dat de bestuursdwang zelf een feitelijk handelen is, doet daaraan niets af. Evenmin dat de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen weinig te betekenen zou hebben, indien bestuursdwang bij feitelijk verzet daartegen van de betrokken burger niet zou kunnen worden doorgezet. Integendeel, juist omdat het besluit om van die bevoegdheid gebruik te maken, meebrengt dat de burger zich daartegen niet meer feitelijk kan verzetten¹¹² - het verzet kan immers desnoods met de sterke arm worden gebroken -, treedt een verandering in de wereld van het recht op. Deze verandering houdt een concrete (nieuwe) gedoogplicht in. Een besluit, zoals bedoeld, moet dus, mits het op de een of andere wijze tot uitdrukking is gebracht, als een beschikking worden beschouwd. Zie ik wel, dan doelt Donner¹¹³ ook op deze situatie, wanneer hij stelt dat sommige handelingen een algemene wettelijk verankerde duldingsplicht voor een concreet geval individualiseren en dus aan het bestaande complex van rechten en plichten wel degelijk iets nieuws toevoegen. De mededeling dat bestuursdwang wordt toegepast en dat dus de belanghebbende verplicht is, te gedogen dat bestuursdwang wordt toegepast, zal overigens meestal - maar dit hoeft niet per se - samenvallen met de officiële waarschuwing die aan de bestuursdwang voorafgaat. In de waarschuwing is vaak de mededeling vervat dat besloten is bestuursdwang toe te passen, tenzij de betrokkene alsnog binnen een bepaalde tijd zelf handelt. In de praktijk gebeurt het echter ook regelmatig dat er een waarschuwing wordt gezonden, zonder dat reeds tot bestuursdwang besloten is. Het waarschuwen is dan meer een laatste 'probeersel', een soort zelfstandig dreigmiddel, om de burger alsnog te bewegen zijn verplichtingen na te komen. Soms houdt daarmee het

‘overheidsoptreden’ op en gebeurt er verder niets.

Het beschikkingselement kan daarom niet altijd of niet alleen worden gezocht in de brief die de waarschuwing inhoudt, maar er dient nagegaan te worden of een gedoogplicht is ontstaan. Bovendien: wil men uit de brief, die zowel de waarschuwing als de gedoogplicht bevat, een beschikkingselement kunnen afleiden, dan zal een andere juridische constructie moeten worden gehanteerd dan thans door de AROB-rechter gebeurt.

Vergeleken bij de constructie van de AROB-rechter, waarbij hij de waarschuwing als een beschikking aanmerkt, heeft mijn opvatting - naast het feit dat zij theoretisch beter verdedigbaar lijkt - uit praktisch oogpunt gezien een aantal aantrekkelijke aspecten:

a In principe kan elk schriftelijk besluit om bestuursdwang toe te passen, onderworpen worden aan een oordeel van de AROB-rechter; dus ook de gevallen waarin de wet geen waarschuwing voorschrijft.

b De betrokkene kan door de ‘constructie van de gedoogplicht’ ook de voorgenomen vorm van dwang aanvechten; hij hoeft immers niet elke vorm van bestuursdwang te ‘gedogen’, doch slechts die waartoe de overheid, rekening houdende met alle belangen, in redelijkheid kan besluiten.

c Indien de gemeente, na een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak, inhoudende dat zij in redelijkheid niet kon weigeren bestuursdwang toe te passen en opnieuw moet beslissen op het bezwaarschrift, alleen een waarschuwing doet uitgaan, maar de feitelijke bestuursdwang achterwege laat, kan de derde-belanghebbende zich wederom tot de AROB-rechter wenden.

Uit het onder *a* gestelde zou misschien afgeleid kunnen worden, dat de AROB-rechter over bestuursdwang geen oordeel zou kunnen uitspreken, indien de overheid het besluit om bestuursdwang toe te passen niet schriftelijk meedeelt.¹¹⁴ Een dergelijke conclusie is echter onjuist te achten in verband met de volgende redenering.

Voor het intreden van het met een belastende beschikking (zoals het besluit om bestuursdwang toe te passen) beoogde rechtsgevolg is vereist, dat de beschikking is bekend gemaakt.¹¹⁵ Hoe dient deze bekendmaking te geschieden? Ik zou willen stellen, dat het rechtszekerheidsbeginsel meebrengt dat in elk geval bij de belastende beschikking om bestuursdwang toe te passen, de mededeling schriftelijk moet gebeuren, en wel in het algemeen voordat tot toepassing van bestuursdwang

wordt overgegaan.¹¹⁶ De belanghebbende dient immers te weten waar hij rehtens aan toe is, zoals: welke vorm van bestuursdwang hij moet dulden, op welke rechtsregels het optreden steunt, etc.¹¹⁷ Bovendien lijkt het verdedigbaar dat de overheid in strijd met het fair-play-beginsel zou handelen, indien zij zonder gegronde redenen zou weigeren deze belastende beschikking schriftelijk mee te delen, omdat aan de betrokkene hierdoor de mogelijkheid wordt ontnomen het besluit in een daarvoor bedoelde procedure in rechte aan te vechten.

Van deze, op beginselen van behoorlijk bestuur steunende verplichting om het besluit om bestuursdwang toe te passen tevoren schriftelijk mee te delen, zou slechts een afwijking toegestaan kunnen worden in uitzonderingsgevallen. Een besluit om bestuursdwang toe te passen, wordt over het algemeen schriftelijk vastgelegd, bijvoorbeeld in de notulen en/of door aantekening op schriftelijke rapporten en adviezen van het ambtenarenkorps.¹¹⁸ Een uitzondering op de verplichting om dat besluit tevoren schriftelijk mede te delen, is alleen acceptabel, indien in verband met het spoedeisend karakter van de zaak een schriftelijke mededeling in redelijkheid niet kan worden gevegd. Bij bestuursdwang is dit niet snel aanwezig; bestuursdwang is zelden dermate urgent, dat objectief gezien de betrokkene het besluit niet schriftelijk kan worden toegezonden of uitgereikt.¹¹⁹ Immers, indien en omdat diverse ten behoeve van de daadwerkelijke bestuursdwang te regelen zaken (zoals het inschakelen van personeel en materieel) een zekere tijd vereisen, kan moeilijk volgehouden worden, dat het tevoren schriftelijk meedelen van het besluit in redelijkheid niet mogelijk is. Zou de overheid in een bepaalde situatie, waarin dat redelijkerwijs wel mogelijk is, haar besluit niet tevoren schriftelijk meedelen, dan is er sprake van een weigering om een beschikking te geven, waardoor artikel 3 van de Wet AROB van toepassing is.¹²⁰ De Voorzitter kan dan, als hij tijdig wordt ingeschakeld bepaalde voorlopige voorzieningen treffen, terwijl uiteindelijk de AROB-rechter onder andere kan nagaan of bedoelde uitzonderingssituatie zich voordeed.

Ik verwacht overigens niet, dat de overheid in dit soort situaties vaak zal nalaten het besluit tevoren schriftelijk mee te delen; ten eerste, omdat de overheid daarmee het risico loopt van schadeclaims; en ten tweede, omdat de wet eist dat de belanghebbende vooraf schriftelijk wordt gewaarschuwd, uit welke waarschuwing tevens vaak een genomen besluit kan worden gedistilleerd.

Een situatie waarin een dergelijke schriftelijke mededeling achterwege bleef, waar zij mijns inziens tevoren wel mogelijk was, is beoordeeld door de AROB-rechter in zijn uitspraak van 22 november 1979.¹²¹ De

gemeente Gouda had een overtreder rond 14.00 uur mondeling opdracht gegeven dat hij de overtreding onmiddellijk moest beëindigen, met de waarschuwing dat anders bestuursdwang zou worden toegepast. Omstreeks 16.30 uur is bestuursdwang toegepast. De vraag is: waarom is dat besluit mondeling in plaats van schriftelijk meegedeeld? Het betrof het verhalen en opleggen van een woonschip. Het verhalen en opleggen daarvan door middel van bestuursdwang kan toch moeilijk anders dan door het inschakelen van personeel en materieel. De tijd die ermee gemoeid is om het een en ander te regelen, moet in redelijkheid voldoende worden geacht om het besluit schriftelijk mee te delen. De Afdeling Rechtspraak kon een beschikkingselement echter niet ontdekken. Mogelijk is dat een gevolg van de door haar gehanteerde constructie van de schriftelijke waarschuwing die ontbrak en kennelijk mocht ontbreken. Ik vraag mij af, of het bepaalde in artikel 3 van de Wet AROB hier geen uitkomst had kunnen bieden.

De Afdeling overwoog overigens een ander interessant punt, dat mij weer een stap verder brengt in de redenering, dat de AROB-rechter ook over de bevoegdheidsvraag kan oordelen in die gevallen waarin bestuursdwang is toegepast, zonder dat van het besluit tevoren schriftelijk mededeling is gedaan, wat eventueel wegens spoedeisendheid ook niet behoefde te worden gedaan. De Afdeling zegt dat de gemeente Gouda, voordat tot daadwerkelijke bestuursdwang werd overgegaan, een daartoe strekkend besluit had genomen, dat pas achteraf schriftelijk is meegedeeld. De Afdeling was van oordeel, dat die schriftelijke mededeling niet op een rechtsgevolg gericht was.

Ik plaats hier de volgende aantekening bij. Indien - uitgaande van de hierboven weergegeven gedachte, dat het besluit tot het toepassen van bestuursdwang gericht is op een rechtsgevolg en dus een beschikking betreft - het besluit achteraf (dat wil zeggen: nadat de bestuursdwang feitelijk is uitgevoerd) schriftelijk wordt meegedeeld, wat belet de Afdeling dan dat schriftelijke besluit te toetsen? Het feit dat bestuursdwang al heeft plaatsgevonden, kan daar geen reden toe zijn. De relevante vraag is immers slechts of er een schriftelijk besluit is dat op rechtsgevolg is gericht. Het tijdstip waarop dat besluit schriftelijk wordt meegedeeld, is in dit verband enkel van belang voor de ontvanke­lijkheidsvraag wegens het tijdig indienen van het bezwaar- of beroep­schrift.

Het praktische voordeel van deze constructie zou zijn, dat het in al deze gevallen de AROB-rechter is die de bestuursdwangbevoegdheid beoordeelt. Voor de burgerlijke rechter rest dan binnen de huidige

Wet AROB in het algemeen¹²² alleen de vraag, of de feitelijke bestuursdwang rechtmatig was, alsmede de vraag - bij verzet tegen het dwangbevel - over het kostenverhaal.¹²³ Het komt mij voor, dat hiermee een overzichtelijke verdeling van de competentie tussen de AROB-rechter en de burgerlijke rechter is ontstaan. Een vereiste daarvoor is wel, dat in situaties waarin het besluit redelijkerwijze niet tevoren schriftelijk kon worden meegedeeld, daarvan achteraf alsnog een schriftelijke bevestiging wordt uitgereikt. De vraag is, of de overheid tot dit laatste verplicht is. Ik vind het verdedigbaar, dat het rechtszekerheids- en het fair-play-beginsel (en soms het gelijkheidsbeginsel) meebrengen dat (desverlangd) achteraf een bevestiging van het besluit wordt gegeven.¹²⁴ Weigerachtigheid in dezen kan de AROB-rechter beoordelen op grond van artikel 3 van de Wet AROB.

Behalve een overzichtelijke competentieverdeling tussen de AROB-rechter en de gewone rechter biedt deze gang van zaken ook voor de belanghebbende een aantal voordelen. De AROB-procedure biedt ten opzichte van de civiele procedure algemene voordelen,¹²⁵ maar in dit verband is vooral ook belangrijk dat de AROB-rechter, door zijn deskundigheid op het terrein van het bestuursrecht, voor de burger beter waarborgt dat alle relevante omstandigheden - waaronder het al dan niet aanwezig zijn van uitzonderingen, op grond waarvan eventueel een voorafgaande schriftelijke mededeling van het besluit achterwege is gebleven - bij het besluit worden betrokken.

In het rapport van de Werkgroep Herziening Gemeentewet is in artikel 130 - voor zover hier relevant - bepaald, dat het besluit tot toepassing van bestuursdwang schriftelijk moet worden meegedeeld. Deze mededeling dient voorafgaande aan de toepassing van bestuursdwang te geschieden, tenzij dit (in spoedeisende gevallen) niet mogelijk is. Begrijp ik dit ontwerp-artikel en de toelichting daarop¹²⁶ goed, dan zit daarbij de bedoeling voor, dat het besluit tot toepassing van bestuursdwang altijd schriftelijk moet worden meegedeeld; in normale omstandigheden voordat bestuursdwang wordt toegepast en in spoedeisende gevallen erna. Mijn hiervóór weergegeven opvatting, dat momenteel de beginselen van behoorlijk bestuur een zodanige verplichting al met zich meebrengen, zou, als dit artikel te zijner tijd aldus tot wettelijke regel zou worden verheven, van een wettelijke basis worden voorzien. Een zodanige expliciete bepaling over de schriftelijke mededeling van het besluit in de toekomstige Gemeentewet is om rechtszekerheidsredenen juist te achten, al ware daarbij naar mijn mening tevens een termijn te noemen waarbinnen het gemeentebestuur, indien

in spoedeisende gevallen geen voorafgaande schriftelijke mededeling mogelijk is, achteraf schriftelijk mededeling moet doen van zijn besluit.

Merkwaardig is overigens de toelichting op dit ontwerp-artikel wat betreft de vraag, of het besluit kan worden onderworpen aan het oordeel van de AROB-rechter. De toelichting luidt als volgt: 'Het in dit artikel geëiste schriftelijk besluit tot toepassing van bestuursdwang houdt verband met de mogelijkheid deze toepassing aan het oordeel van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State te onderwerpen op grond van de wet AROB. De huidige praktijk, volgens welke de waarschuwing dat tot bestuursdwang zal worden overgegaan aan beroep ingevolge die wet is onderworpen en daarmee indirect ook het besluit tot toepassing van bestuursdwang, behoort dan tot het verleden.'¹²⁷

Men is kennelijk van mening, dat de huidige praktijk niet voldoet en dat gezocht moet worden naar een oplossing hiervoor. De gekozen oplossing is geworden: eis een schriftelijk besluit en er is een beschikking in de zin van de Wet AROB. Ik vraag mij af, of deze oplossing juist - althans duidelijk genoeg gemotiveerd - is. Een beschikking volgens die wet is immers: een schriftelijk besluit, gericht op enig rechtsgevolg. Dit laatste is essentieel. Tot op heden heeft de AROB-rechter het besluit om bestuursdwang toe te passen niet aangemerkt als een besluit gericht op enig rechtsgevolg. Waarom zou dit anders worden, als de wet in de toekomst gaat voorschrijven dat het besluit schriftelijk moet worden meegedeeld? Of moet de AROB-rechter dan weer zijn toevlucht nemen tot een constructie in de zin van 'de schriftelijke mededeling is voorwaarde voor het rechtsgeldig uitoefenen van bestuursdwang', zoals hij dat ook doet bij de 'waarschuwingsconstructie'? Naar ik eerder heb uiteengezet, is zo'n constructie theoretisch uiterst dubieus. Het lijkt mij daarom juist, dat - als de Gemeentewet herzien wordt - òf in de toelichting duidelijk wordt gezegd dat men het besluit om bestuursdwang toe te passen een besluit vindt dat gericht is op enig rechtsgevolg, omdat daarbij de betrokkene een nieuwe gedoogplicht wordt opgelegd, òf in de wettekst zelf een passage wordt opgenomen die buiten kijf stelt dat de AROB-rechter bevoegd is kennis te nemen van zo'n besluit.¹²⁸

Een ander onbevredigend gevolg is het ongelimiteerde tijdsverloop tussen de waarschuwing en de uitspraak van de AROB-rechter.¹²⁹ Op blz. 86 heb ik drie situaties genoemd waarin het instellen van beroep de mogelijkheid om bestuursdwang toe te passen 'ophoudt': 1 wan-

neer het instellen van beroep tegen een bevel schorsende werking heeft; 2 indien het bestuur - wanneer degene aan wie een waarschuwing is gezonden, krachtens de Wet AROB of een andere wet een bezwaar- of beroepschrift indient - vrijwillig met bestuursdwang wacht, totdat daarover onherroepelijk is beslist; en 3 indien de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State de waarschuwing of een bevel schorst, of wanneer de Voorzitter van de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur een bevel schorst. Wat de eerstgenoemde situatie betreft, kan worden opgemerkt dat zij in de wetgeving slechts sporadisch voorkomt. Het verdient overigens aanbeveling, bij het ontwerpen van de wetten waarop dergelijke bevelen berusten, nauwkeurig te bezien of het doel dat met het bevel gediend is, niet gefrustreerd kan worden door aan het beroep schorsende werking toe te kennen. In de situatie waarin het bestuur op redelijke gronden 'vrijwillig' wacht en dit kenbaar heeft gemaakt aan de overtreder, zal er zelden sprake zijn van spoedeisendheid. Mocht er nadien een niet-voorzienbare verandering van omstandigheden optreden, die tot toepassing van bestuursdwang noodzaakt, dan zal dit mogelijk moeten zijn. Gelet op de jurisprudentie¹³⁰ mag verwacht worden, dat zulks over het algemeen ook geen al te grote problemen zal opleveren. Ten aanzien van de situatie dat de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State een besluit schorst of een voorlopige voorziening treft, heb ik op blz. 87 e.v. algemene opmerkingen gemaakt. Hier herhaal ik slechts, dat een goede toelichting van de kant van de gemeente aan de Voorzitter bij schorsingsverzoeken en een terughoudende opstelling van de Voorzitter bij verzoeken om een voorlopige voorziening te treffen, vele problemen kan voorkomen.

Bovendien kan krachtens de artikelen 80, lid 2, juncto 60e, lid 1, van de Wet op de Raad van State om opheffing of wijziging van de schorsing en de voorlopige voorziening worden gevraagd.^{130a} In voorkomende gevallen ware van deze mogelijkheden gebruik te maken.

Tenslotte zou het uit bestuurlijk oogpunt bezien aanbeveling verdienen dat niet alleen de appellant om een 'onverwijld beslissing' zou kunnen vragen,¹³¹ maar, indien de belanghebbende de AROB-rechter heeft ingeschakeld, eveneens het administratief orgaan dat de aangevochten beschikking heeft genomen. Het wachten met bestuursdwang tot een 'einduitspraak' is gedaan, kan, zoals gezegd, in verband met de lange tijd die daar thans veelal mee gemoeid is, problemen met zich meebrengen bij een toekomstige bestuursdwangtoepassing.¹³² Deze problemen zijn grotendeels opgelost, als de gemeente om een 'onverwijld beslissing' kan vragen.

Op de problemen die ontstaan zijn in het kader van bestuursdwang, door uitspraken van de AROB-rechter aangaande de vraag of er sprake is van een beschikking in de zin van de Wet AROB, is op blz. 86 e.v. ingegaan; omwille van de samenhang van de materie zijn daar tevens oplossingen aangedragen.

Tenslotte rest hier de vraag, of het gewenst is dat de burgerlijke rechter de rechtmatigheid van de feitelijk toegepaste bestuursdwang blijft beoordelen. Binnen het kader van de huidige Wet AROB kan de administratieve rechter daarover geen uitspraak doen, omdat het bij de feitelijke uitvoering van bestuursdwang gaat over een feitelijk handelen en het geen beschikking betreft. Het voordeel van de AROB-rechter boven de burgerlijke rechter is, dat eerstgenoemde onder andere meer deskundigheid bezit inzake het administratief recht en vollediger aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan toetsen.¹³³ Het lijkt mij daarom aantrekkelijk, de Wet AROB zodanig te wijzigen dat de administratieve rechter ook bevoegd wordt om een oordeel te geven over de rechtmatigheid van de feitelijk toegepaste bestuursdwang. Daar staat echter voor belanghebbenden het nadeel tegenover van de verkorting van de termijn waarbinnen zij moeten ageren.¹³⁴ Dit nadeel weegt echter niet op tegen de genoemde voordelen, terwijl overigens de belanghebbende die van mening is dat de feitelijke uitvoering van bestuursdwang onrechtmatig was, normaal gesproken binnen die kortere termijn kan - en waarschijnlijk, ook nu al, zál - reageren. Het zou te ver voeren, hier dieper in te gaan op de vraag of de werkingssfeer van de Wet AROB moet worden uitgebreid; ik wil volstaan met de opmerking dat een uitbreiding ervan met de feitelijke toepassing van bestuursdwang, vanwege de reeds genoemde voordelen, aantrekkelijk is.

7 Bestuursdwang en andere sancties in het bestuursrecht

7.1 Algemeen

Om de doelstelling die de overheid voor ogen stond bij het vaststellen van de administratiefrechtelijke voorschriften, te kunnen verwezenlijken, moeten die voorschriften nageleefd worden. In een aantal gevallen blijken burgers bereid dit 'vrijwillig' te doen, bijvoorbeeld omdat de voorschriften van overheidswege zijn vastgesteld. In andere gevallen slaagt de overheid erin, door goede voorlichting, overreding, beloningen¹ en dergelijke burgers ertoe te bewegen dat te doen. De naleving kan ook bevorderd worden door andere prikkels, zoals de sociale controle² en dergelijke. Indien al deze omstandigheden voor de burger geen aanleiding zijn om de voorschriften na te leven, dient de overheid over adequate sancties te kunnen beschikken. Met sancties wordt hier bedoeld: door het recht geregelde maatregelen tegen en reacties op - dan wel van rechtswege intredende gevolgen van - (dreigend) onrechtmatig gedrag.³ Deze sancties moeten zoveel mogelijk bevorderen dat de burgers de verplichtingen alsnog zelf nakomen, omdat anders 'vervelende' gevolgen dreigen. Sancties dienen aan de overheid de mogelijkheid te bieden, bij (dreigende) niet-nakoming de met de voorschriften beoogde situatie zoveel mogelijk tot stand te brengen of in stand te houden. Het lijkt mij een utopie, te veronderstellen dat dergelijke sancties binnen afzienbare tijd geheel overbodig zullen worden; dit neemt overigens niet weg, dat het overheidsbeleid er vooral op gericht moet zijn overtredingen te voorkomen en door uitbreiding en verbetering van de voorlichting, de educatie, het systeem van beloningen en dergelijke een situatie te doen ontstaan, waarin in de praktijk aan de toepassing van die sancties minder behoefte bestaat. Een nadere bezinning op deze terreinen is zeker gerechtvaardigd, maar hier niet mogelijk. Ik ga uit van de opvatting dat sanctiemiddelen, althans voorlopig, nodig blijven. De in dit kader belangrijkste bestaande middelen zijn

de door het bestuur gehanteerde sancties: bestuursdwang, boete en intrekking van een begunstigende beschikking, en de door de rechter gehanteerde sancties: straf en maatregel.⁴ Indien deze middelen niet adequaat zijn, verdient het aanbeveling naar verbetering hiervan te zoeken en eventueel nieuwe middelen in te voeren. Wat genoemde sancties betreft zij hier aangetekend, dat in deze studie uitsluitend - met uitzondering van het in de volgende paragrafen vermelde - aandacht wordt besteed aan de huidige bestuursdwangregeling (inclusief de kostenverhaalsregeling), aan de verbetering daarvan en aan alternatieven, als gevolg van het feit dat de verbeterde bestuursdwangregeling overige problemen met zich meebrengt. Het is mij niet mogelijk binnen het kader van deze studie in te gaan op eventuele problemen (en de oplossing daarvan) bij andere sanctiemiddelen dan bestuursdwang. Bovendien zou een onderzoek daarnaar deels op een ander dan bestuursrechtelijk terrein liggen. In dit verband zijn recentelijk afzonderlijke studies verricht op deelterreinen.⁵

Hoewel een integrale studie naar de praktische werking van die andere sanctiemiddelen, naar een eventuele verbetering daarvan en de gevolgen die dat kan hebben voor problemen met betrekking tot bestuursdwang, zinvol is, lijkt het mij dat een verbetering van de effectiviteit van of een uitbreiding met andere sancties hoofdzakelijk van invloed zal zijn op de hoeveelheid bestuursdwangtoepassingen en slechts zijdelings op de inhoudelijke problemen ten aanzien daarvan.

7.2 De preventieve werking van bestuursdwang en strafsancties

Van sanctiemiddelen kan een preventieve, afschrikkende werking uitgaan. Hoe efficiënter de preventieve werking is, des te minder problemen zijn er in het repressieve vlak. En omgekeerd: een middel dat repressief of mede repressief wordt toegepast, werkt preventiever naarmate het doeltreffender kan worden aangewend. Aan een goed 'functioneren' van beide facetten (dus zowel de preventie als de repressie) van een middel ter bevordering van de nakoming van een bestuursrechtelijk voorschrift dient daarom aandacht te worden besteed. Over een goede preventieve werking van bestuursdwang kan ik kort zijn. Een goede preventieve werking is onder andere afhankelijk van de mogelijkheid om bestuursdwang daadwerkelijk toe te passen. Immers, kan bestuursdwang in sommige omstandigheden

niet toegepast worden, dan zal dit van invloed zijn op het 'afschrikkende' effect dat van dit instrument uitgaat. Bestaan er dan ook lacunes in de mogelijkheid van daadwerkelijke toepassing, dan dienen deze mede in verband met de preventieve werking ervan te worden aangevuld.

Ten aanzien van de preventieve werking van de strafsanctie kan het volgende worden opgemerkt. Het strafrecht heeft bij de handhaving van het bestuursrecht een dienende functie.⁶ Aangezien in het bestuursrecht strafbaar gestelde feiten maatschappelijk niet altijd sterk worden afgekeurd, dient de strafsanctie een grote preventieve rol te vervullen. Daarnaast kan van de bestraffing als zodanig een normvormende werking uitgaan⁷ en is de mate van zekerheid dat op overtreding een straf zal volgen, eveneens bepalend voor de afschrikkende werking die van de strafsanctie uitgaat.⁸ De preventieve werking van de sancties van het strafrecht ten aanzien van de handhaving van het bestuursrecht is momenteel niet optimaal, met name door de geringe boetemaxima⁹ en de door het Openbaar Ministerie geëiste en door de rechterlijke macht opgelegde geringe geldboetes. De indruk bestaat, dat de hedendaagse overtreders van bestuursrechtelijke voorschriften, althans een deel van hen, erg 'portemonnaie-bewust' zijn.¹⁰ Door relatief lage boetemaxima¹¹ en door een lage boete-oplegging doet men afbreuk aan het preventieve effect, dat met het strafrechtelijk optreden mede wordt beoogd. Wat de boetemaxima betreft: in het ontwerp van Wet tot herziening van bepalingen van het Wetboek van Strafrecht worden de boetemaxima niet meer per delict aangegeven, maar wordt een indeling van boetes in zes categorieën voorgesteld.¹² De hoogste geldboete die (in de zesde categorie) dan kan worden opgelegd, is één miljoen gulden.

Als men bij de hoogte van de geldboete in verband met overtreding van bestuursrechtelijke voorschriften bijvoorbeeld de recentere wetgeving in Frankrijk¹³ beziet, dan kan geconcludeerd worden dat daarin regelmatig maximum-geldboetes van 500.000 francs genoemd worden. Bovendien kent men daar een systeem van minimum-geldboetes, die, met name in geval van recidive, tot grote hoogte kunnen oplopen (vaak 5.000, 10.000 of meer francs). Men kan zich afvragen of dergelijke hoge minima wel in ons strafsysteem zouden passen.

Naast de theoretische mogelijkheid om, als bedoeld wetsontwerp tot wet verklaard wordt, in de toekomst in verscheidene gevallen hogere geldboetes op te leggen, is in dit verband de hoogte van de door de Officier van Justitie in concrete gevallen geëiste en de door

de strafrechter in die gevallen opgelegde boete van belang. Zowel de Officier van Justitie als de strafrechter is over het algemeen niet gespecialiseerd in het hedendaagse complexe en omvangrijke bestuursrecht.^{13a} Deze relatieve onbekendheid met dit deel van het recht heeft mijns inziens consequenties voor de hoogte van de boetes. Het voorkomen van een lage boete-oplegging, waarover gemeentebesturen klagen als het om de berechting van bestuursrechtelijke delicten gaat, is namelijk niet zozeer een gevolg van de gestelde maximum-grenzen, maar veeleer van de daadwerkelijk geëiste en opgelegde boetebedragen. Het zou om deze reden ten zeerste aanbeveling verdienen, een wettelijke regeling te ontwerpen met betrekking tot de benoeming van contact-ambtenaren, die, ten behoeve van de opsporing, vervolging en berechting van bestuursrechtelijke delicten, het contact onderhouden met het Openbaar Ministerie, dat de schakel vormt tussen het bestuur en de onafhankelijke strafrechter. Een dergelijk instituut bestaat thans ook reeds ten behoeve van economische delicten¹⁴ en ten dienste van belastingdelicten.¹⁵ Deze contact-ambtenaren zouden niet alleen kunnen zorgen voor een verbetering van de boete-eisen en andere zaken,¹⁶ maar ook een taak kunnen hebben met betrekking tot het door het Openbaar Ministerie te voeren door het gemeentebestuur niet altijd begrepen, of als onjuist ervaren vervolgings-¹⁷ en sepotbeleid ten aanzien van bestuursrechtelijke delicten. Bovendien bestaat er, als zo'n instituut van contact-ambtenaren goed functioneert, weinig behoefte aan een constructie zoals door Van Egdome voorgesteld is, waarbij het begaan van een zelfde overtreding als waarvoor tevoren bestuursdwang is toegepast, als strafverzwarende omstandigheid wordt beschouwd.¹⁸

Een aantal overtredingen - te denken valt bijvoorbeeld aan het bouwen of ontgronden zonder vereiste vergunning, het storten van afval op daartoe niet bestemde plaatsen en andere milieudelicten, het exploiteren van een camping of het uitoefenen van een kamerverhuurbedrijf in strijd met de voorschriften - wordt naar mijn overtuiging vaak 'ingegeven' door rationele afweging van mogelijke baten en kosten (waaronder de te verwachten straf). Indien bij die overtredingen repressieve maatregelen niet doeltreffend zijn en boetes laag, zelfs lager dan het voordeel dat de overtreders van hun overtreding genieten, dan worden de staatsburgers, financieel gezien, als het ware uitgenodigd om overtredingen te begaan. Als de wetsovertreding geen financieel voordeel meer zou bieden, maar juist nadeel, dan zou hiervan een zodanige werking kunnen uitgaan

dat wetsovertreding wordt teruggedrongen.

Min of meer parallel aan de mogelijkheid in de Wet op de Economische Delicten ¹⁹ en in sommige milieuwetten ²⁰ werd - op voorstel van de Commissie Vermogensstraffen - in artikel I, onder m (artikel 36e) van eerdergenoemd wetsontwerp tot herziening van bepalingen van het Wetboek van Strafrecht opgenomen de strafmaatregel van het opleggen van de verplichting tot voldoening van een geldbedrag aan de staat ter ontneming van het geschatte voordeel, door middel van of uit het strafbare feit verkregen. ²¹ Van een dergelijke maatregel, in de Wet op de Economische Delicten slechts zelden toegepast, ²² kan een zekere preventieve werking uitgaan, ook ten aanzien van de naleving van bestuursrechtelijke voorschriften.

Ik vraag mij hierbij wel af, of dat geldbedrag altijd ten gunste moet komen van 's rijks kas. Juister lijkt mij een regeling waarbij, bij een overtreding van een bestuursrechtelijke norm, het geldbedrag toekomt aan dat overheidslichaam (bijvoorbeeld gemeente, provincie, waterschap) dat het belang behartigt hetwelk door de overtreding geschaad is. Tegenover het voordeel dat de overtreder verkregen heeft, staat immers een direct aanwijsbaar nadeel in het te behartigen belang. Door het toekennen van het geldbedrag aan het lichaam dat met behartiging van dat belang belast is, is het in staat het ondervonden nadeel te compenseren. Als voorbeeld kan genoemd worden het geval, dat een bedrijf illegaal een woning verbouwt en als bedrijfsruimte in gebruik neemt. Met het investeren van het boetebedrag in de woningsector kan een en ander gecompenseerd worden. Evenzo kan dit plaatshebben, indien clandestien een monument wordt gesloopt. Het geldbedrag kan aangewend worden voor het herstel van andere bouwvallige monumenten, dat anders financieel niet mogelijk zou zijn. Naar mijn mening dient daarom bedoeld wetsontwerp zodanig gewijzigd te worden, dat bij overtreding van een bestuursrechtelijke norm het boetebedrag voldaan wordt aan het overheidslichaam dat het geschade belang behartigt. Ik realiseer mij, dat aan een systeem van toekenning van het geldbedrag aan het lichaam dat het geschade belang behartigt, ook een gevaar kleeft. Voorstelbaar is immers, dat een noodlijdend overheidslichaam in bepaalde gevallen het treffen van een maatregel als bestuursdwang (hetgeen voor de rechter aanleiding zou kunnen zijn om af te zien van een 'voordeelboete'-oplegging) achterwege laat, juist met het oog op het verkrijgen van het geldbedrag, en dat aanwendt ten behoeve van een ander doel. Daarom ware na te gaan of de wettelijke regeling waarborgen zou moeten bevatten dat het geldbedrag ge-

bruikt wordt ten behoeve van het geschade belang. Hierbij dient eveneens aandacht te worden besteed aan de vraag, op welke wijze de hoogte van de schadeloosstelling het beste kan worden bepaald.²³ Overigens dient, wil het strafrecht zijn dienende functie kunnen vervullen bij overtreding van bestuursrechtelijke voorschriften, eveneens bijzondere aandacht te worden besteed aan de verjaringstermijnen. Momenteel geldt bijvoorbeeld voor overtredingen, dus onder andere voor overtredingen van autonome gemeentelijke verordeningen, een betrekkelijk korte verjaringstermijn van twee jaren.²⁴ Ook in andere gevallen zijn er relatief korte verjaringstermijnen. Met name bij milieudelicten, maar ook bij andere overtredingen, kan dit tot de onbevredigende situatie leiden dat er onvoldoende mogelijkheden zijn om het strafrecht te hanteren in die gevallen waarin strafbare feiten blijken te zijn verjaard op het moment dat zij worden ontdekt.²⁵ Dit probleem is, wat de handhaving van het milieurecht betreft, door de regering onderkend.²⁶ Het lijkt mij, dat een oplossing van dit probleem niet beperkt mag blijven tot milieudelicten, maar uitgebreid moet worden tot alle bestuursrechtelijke overtredingen die door hun aard of om andere redenen vaak pas (veel) later ontdekt worden.

7.3 De verhouding tussen de toepassing van bestuursdwang en de toepassing van de strafsanctie

Min of meer in verband met de in de voorgaande paragraaf behandelde stof, alsmede omdat in de literatuur en de praktijk over de verhouding tussen de toepassing van bestuursdwang en de toepassing van de strafsanctie geen eenstemmigheid bestaat, wil ik hier in grote lijnen proberen aan te geven wanneer bij overtreding van een bestuursrechtelijk voorschrift bestuursdwang en wanneer een strafsanctie toegepast dient te worden.²⁷

Onder straf versta ik hier het indirecte dwangmiddel, met de strekking van 'straf' (wat dat ook moge zijn; ik kom daar nog op terug), bedoeld om de naleving van een verplichting te bevorderen. Daartoe behoort dus niet het dwangmiddel dat louter en alleen door de betrokkene als een straf wordt ervaren.

Een gerechtvaardigde toepassing van genoemde sanctiemiddelen is slechts verdedigbaar, als zij verband houdt met het doel ervan. Om het onderscheid tussen het doel van de strafsanctie en het doel van bestuursdwang zo duidelijk mogelijk te kunnen aangeven, worden

die sancties hier alleen behandeld als vorm van repressie tegen een overtreding van een bestuursrechtelijke norm. Het uiteindelijke doel van die sanctiemogelijkheden is gelijk, namelijk te bevorderen dat overheidsnormen worden nageleefd. Maar terwijl het middel van strafbedreiging en straftoepassing, na een norm-inbreuk, niet kan bewerkstelligen dat de met die norm beoogde situatie alsnog wordt bereikt, kan bestuursdwang dat juist wél, met andere woorden: het ene middel is niet, het andere wel rechtstreeks op (opheffing van) de onrechtmatige situatie gericht. Beide zijn weliswaar een reactie op en een gevolg van een norm-inbreuk, maar de met de toepassing van de sanctiemiddelen belaste instantie beoogt er iets anders mee.

Hiermee wil ik overigens niet zeggen, dat bij bestuursdwang alleen eenzijdig acht mag worden geslagen op de onrechtmatige situatie en bij strafoplegging en -vervolgning alleen op de persoon die met de onrechtmatige situatie te maken heeft. Bij het een zowel als het ander dient rekening te worden gehouden met en de situatie en de daarbij betrokken personen, zij het dat het bij bestuursdwang primair gaat om de onrechtmatige situatie en bij het strafrecht om de da-

der.²⁸ Wat is nu het doel van de strafsanctie en wat het doel van bestuursdwang? Zonder daarop in deze context diep te kunnen ingaan, kan ik het volgende stellen. In het bestuursrecht, waar een complex regels is gegeven voor de ambtelijke behartiging van openbare aangelegenheden door de openbare dienst,²⁹ dient het bestuur de doel- en taakstelling van de staatsleiding te verwezenlijken.³⁰ Bestuursdwang is één van de middelen die het bestuur heeft om de hem opgedragen taak van uitvoering en handhaving van de desbetreffende regelingen en van de behartiging van overige openbare belangen te verzekeren. De toepassing ervan vindt haar grenzen dan ook binnen de taakstelling van het bestuur en binnen het bestuursrecht. Bedoelde taakstelling maakt het instrument van bestuursdwang dan ook uitermate geschikt in handen van het bestuursgezag, omdat het daarmee de verwezenlijking van het doel dat de overheid zich gesteld heeft, direct veilig kan stellen.

Over het doel van de straf bestaan in de Nederlandse strafrechtliteratuur verschillende opvattingen.³¹ Als doeleinden worden genoemd: veroordeling van bepaald gedrag, vergelding, conflict-oplossing, speciale en generale preventie. Geen enkele schrijver beschouwt één van deze doeleinden als het enige aanvaardbare doel; bovendien heeft niemand al deze verschillende doeleinden in een samenhangende theorie ondergebracht. De wetgever heeft opzettelijk geen be-

paalde strafrechttheorie ten grondslag gelegd aan het Wetboek van Strafrecht, hiermee de rechter ruimte latend ten aanzien van de theorie die deze bij de strafoplegging wil gebruiken. Uit die rechtspraak blijkt dat de volgende doeleinden van de straf rechteens aanvaardbaar worden geacht: vergelding, preventie en beveiliging van de maatschappij.

Voor het onderscheid tussen de strafsancie en bestuursdwang is de opvatting, dat de straf vooral een middel is ter voorkoming van nieuwe delicten, het minst interessant, omdat bij de bestuursdwangtoepassing dit doel niet primair voorziet en wat betreft de generale preventie - blijkens de jurisprudentie - ook niet m \ddot{a} g voorzitten.³² Dit neemt overigens niet weg, dat van een (consequente) toepassing van bestuursdwang wel enige preventieve werking kan uitgaan.³³

Er resteren dus de opvattingen, dat de straf afkeuring, vergelding of conflict-oplossing beoogt. Alvorens antwoord te geven op de vraag, of bestuursdwang eventueel een zelfde doel heeft of dat een duidelijk onderscheid tussen het doel van beide sancties kan worden gemaakt, sta ik kort stil bij de huidige Nederlandse strafrechttheorieën op dit punt.

De stelling, dat straf in de eerste plaats tot doel heeft afkeuring van bepaald gedrag, wordt onder anderen verdedigd door Nagel;³⁴ voor hem is normhandhaving bij het straffen primair. Ook Mulder meent, dat het doel van de straf gelegen is in het feit dat het een bekrachtiging van de norm is, waartoe de sanctie zich richt tegen een bepaalde handeling die in strijd is met die norm.³⁵

Bedoelde opvatting ligt heel dicht bij de moderne vergeldingsleer, die er in het algemeen van uitgaat dat de straf een antwoord is op een schuldige norm-overtreding. Deze visie houdt in, dat de vergelding aangeeft op wie de straf mag worden toegepast, en wel op degene die op een hem verwijtbare wijze de strafwet heeft overtreden. De Hoge Raad spreekt over 'geen straf zonder schuld'.³⁶ In de literatuur komt de opvatting naar voren, die door de meeste Nederlandse schrijvers wordt gedeeld, dat de vergelding in principe de bovengrens van de straf bepaalt. De vergelding is weliswaar geen doel van de straf, maar wel een factor die de veroordeelde tegen een onrechtvaardige bestraffing moet beschermen.

Naast de zogenaamde metafysische vergeldingsleer heeft Denkers³⁷ een empirische vergeldingsleer ontwikkeld. Hieronder verstaat hij het via bestraffing 'tegemoetkomen aan respectievelijk het apaiseren van onlust- en wraakgevoelens bij het slachtoffer van het delict en/of

bij anderen in de samenleving'. De wezenlijkste gronden voor het toepassen van straf zijn: het beschermen van de dader tegen niet-officiële vergeldingsvormen en bevrediging van de vergeldingsbehoefte van het slachtoffer, diens naaste omgeving en eventueel ander publiek. Deze variant op de vergeldingsidee heeft verwantschap met de door Hulsman als doelstelling voor het strafrecht geïntroduceerde conflict-oplossing. In deze visie moet het strafrechtelijk apparaat proberen een verzoening tussen de dader enerzijds en slachtoffer en gemeenschap anderzijds tot stand te brengen, om zo de ontstane conflicten op te lossen. Tegemoetkoming aan de vergeldingsbehoefte van het slachtoffer en van derden wordt gezien als een uiterste mogelijkheid om tot zo'n oplossing te komen. In deze theorie speelt de straf - waar het gaat om het wegnemen van de opgewekte onlust - een geringere rol dan bij de empirische vergelding. Over een eventueel verschil tussen straf en bestuursdwang kan worden opgemerkt, dat dit in de Nederlandse strafrechtliteratuur slechts geringe aandacht heeft. De bestuursrechtelijke literatuur noemt vaker verschilpunten. Men treft in de literatuur zoal de volgende meningen aan:

- Straf beoogt opzettelijke leedtoevoeging; bestuursdwang een situatie conform de norm.³⁸
- Bestuursdwang beperkt zich tot het realiseren van de door of krachtens de wet gewenste feitelijke toestand; straf gaat verder: zij geeft de overtreder nog een extra 'duw' en maakt op haar beurt inbreuk op zijn door de rechtsorde, afgezien van de overtreding, gegarandeerd vermogen of persoonlijke vrijheid.³⁹
- Het strafdoel houdt geen direct verband met de toestand, ontstaan door de onrechtmatige gedraging; de straf richt zich tot de dader.⁴⁰
- Het wezen van de straf is vergelding, niet als doel van de straf, maar zo, dat zij een noodzakelijk element van de straf is. Omdat de straf vergeldend is, is zij aanvaardbaar en juist dank zij dit aanvaard- worden kan zij haar plaats ter handhaving van de rechtsorde vervullen. Dit element der vergelding ontbreekt in bestuursdwang. Bestuursdwang is gericht op de verwezenlijking van het doel dat de overheid zich gesteld heeft. Bestuursdwang reageert niet, zoals straf, op schending van de rechtsorde, maar op vrijdeling van het oogmerk van het bestuur.⁴¹
- Bestuursdwang is geoorloofd als een gebod of verbod niet in acht is genomen; straf slechts indien op niet-naleven van een gebod of verbod deswege straf is bedreigd.⁴²
- Straf is gericht op herstel van de in algemene zin geschade rechts-

orde; bestuursdwang op herstel van gepleegd onrecht in concreto. Bestuursdwang deukt de geschonden rechtsorde uit; straf poetst de krassen en vlekken weg.⁴³

- De strafsanctie functioneert waarde-expressief, bestuursdwang instrumenteel.⁴⁴
- Straf is een gevoelige terechtwijzing door de overheid ter zake van een strafbaar feit,⁴⁵ of, met een iets andere nuancering: straf is een tot de orde roepen.⁴⁶
- Met bestuursdwang wordt uitsluitend beoogd, de toestand te bewerkstelligen of te herstellen die er zou zijn geweest als de overtreding niet was begaan; met de strafsanctie wordt een ambitieuzer doel nagestreefd: generale en/of speciale preventie, en pacificatie of conflict-oplossing, soms ook wel vergelding.⁴⁷

Naar mijn mening houdt bestuursdwang onmiddellijk verband met de overtreden situatie en is de toepassing ervan gericht op de bescherming van het openbaar belang dat de overtreden bepaling dient,⁴⁸ en wel zodanig dat met bestuursdwang, indien een bepaling wordt overtreden, dat belang direct veilig gesteld kan worden. Het bestuur heeft tot taak: de behartiging van openbare aangelegenheden. In die taak past een instrument zoals bestuursdwang, zij het dat dit instrument met beleid moet worden gehanteerd. De strafsanctie houdt niet in de eerste plaats verband met de overtreden situatie en het veiligstellen van het geschonden openbaar belang, maar richt zich, in principe met een strafrechtelijk doel, waarin elementen van de vergeldingsgedachte zijn terug te vinden,⁴⁹ tot de dader om hem in zijn vermogen, eer of vrijheid te 'treffen'.

Welke strafrechtstheorie men ook aanhangt, bij bestuursdwang zitten de in die theorie aanvaarde doeleinden niet primair voor. Zij zijn er hoogstens mee verweven. Het element vergelding ontbreekt in bestuursdwang zelfs geheel. Bij bestuursdwang gaat het er primair om, het openbaar belang, dat het bestuur behartigt, direct veilig te stellen; bij de strafsanctie staat het 'treffen' van de dader voorop. Van strafsancities kan bij de handhaving van het bestuursrecht vooral een nuttige preventieve en normvormende werking uitgaan.

In een recente uitspraak heeft de Afdeling Rechtspraak overigens de hier gegeven mening bevestigd, dat van justitiële bevoegdheden in verband met de opsporing en vervolging van strafbare feiten principieel is te onderscheiden de bevoegdheid die wordt geregeld in artikel 152 van de Gemeentewet en die een uitvloeisel is van een bestuurlijke taak, toebedeeld aan een bestuursorgaan. Het gaat hier

7.4 De strafbaarheid als relevantie voor de toepassing van bestuursdwang

Vorenstaande conclusie, dat bestuursdwang ziet op het veiligstellen van het door het bestuur behartigde openbaar belang, de strafsanctie daarentegen op het 'treffen' van de dader met een strafrechtelijk doel, heeft consequenties voor de schuldvraag. Bij straf bestaat er een directe relatie tussen schuld van de dader en de opgelegde sanctie; bij bestuursdwang niet.⁵¹ In dit kader dient de discussie geplaatst te worden, die gaat over de vraag of het wegvallen van de strafbaarheid, wegens het ontbreken van schuld of wegens het aanwezig-zijn van rechtvaardigingsgronden, de bevoegdheid tot het uitoefenen van bestuursdwang annuleert.⁵² Bij bestuursdwang gaat het om het feitelijk doorzetten van de wil van de overheid, om het in overeenstemming brengen van de feitelijke situatie met de rechtens gewenste toestand. Bij straf zit het 'treffen' van de dader voor. Ten behoeve van dat laatste is in Nederland een aantal strafuitsluitingsgronden ontwikkeld. Bestuursdwang kan in principe toegepast worden wegens overtreding van een wettelijk voorschrift, ook indien op de overtreding daarvan geen straf is gesteld.⁵³ Zou, ingeval een overtreding wel tevens strafbaar is gesteld, maar de strafwaardigheid ervan wordt opgeheven door een strafuitsluitingsgrond, per definitie dan ineens ook bestuursdwang niet toegepast mogen worden? Dit lijkt mij inconsequent. Eveneens is inconsequent, dat ten aanzien van de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen een onderscheid wordt gemaakt tussen rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden, zoals Van Wijk wil.⁵⁴ Afgezien van de onaanvaardbare consequenties van de opvatting, dat een strafuitsluitingsgrond de bestuursdwangbevoegdheid per definitie opheft, wordt hierdoor te zeer een parallel getrokken tussen straf en bestuursdwang.⁵⁵ Straf wordt echter uitgesproken omdat een bepaald feit is gepleegd, terwijl het er bij bestuursdwang om gaat of tegen de door het plegen van dat feit ontstane toestand, die bestuursrechtelijk ongewenst is, moet worden opgetreden. Bij een strafuitsluitingsgrond blijft het bestuur geconfronteerd met een geschonden openbaar belang. Tegen de opheffing daarvan richt zich bestuursdwang; daartegen mag in principe dan ook - en moet soms zelfs - opgetreden worden.

Voor de opvatting, dat een strafuitsluitingsgrond de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen onvoorwaardelijk opheft, kan in ons rechtssysteem geen aanleiding worden gevonden. Ook het burgerlijk recht biedt daartoe geen aanknopingspunten. Weliswaar 'gelden' daar eveneens de schulduitsluitings- en rechtvaardigingsgronden, maar deze zien, voor zover hier van belang, alleen op de aansprakelijkheid voor de schade, als gevolg van niet-nakoming van een verplichting of als gevolg van een (onrechtmatige) daad.⁵⁶

Hiervóór gaf ik als mijn mening, dat een andersluidende opvatting tot onaanvaardbare consequenties aanleiding zou geven. Ik zal dit met enkele fictieve voorbeelden trachten te verduidelijken.

Wanneer een terreurgroep een ter zake deskundige werknemer van een kernenergiecentrale beveelt, onder bedreiging van executie van zijn gezinsleden, om in strijd met de krachtens de Kernenergiewet geldende voorschriften een bepaalde hoeveelheid straling regelmatig of continu uit die centrale naar buiten te laten 'ontsnappen' als bepaalde eisen van de terreurgroep door de Nederlandse regering niet worden ingewilligd, dan kan toch moeilijk ontkend worden dat, in geval van straling, de overheid door middel van bestuursdwang aan die straling een einde mag maken. Evenzo mag - of liever: moet - de overheid naar mijn mening door middel van bestuursdwang ingrijpen, indien een groot chemisch bedrijf, dat een hinderwetvergunning heeft, waaraan onder andere de voorwaarde is verbonden dat geen met name genoemde gevaarlijke stoffen in de riolering mogen worden geloosd, in een overmachtssituatie die stoffen toch loost. Ook zal, als iemand (bij wijze van noodweer bijvoorbeeld) een belangrijk milieurechtelijk voorschrift heeft overtreden, de door zijn - straffeloze- overtreding in het leven geroepen gevaarlijke toestand niet bestendig behoeven te blijven, als de dreiging die het feit tot noodweer stempelde, niet meer aanwezig is.⁵⁷

Zoals gesteld, is de overheid in principe bevoegd om bestuursdwang toe te passen, ongeacht of voor de normschending een strafuitsluitingsgrond kan worden aangevoerd. Een strafuitsluitingsgrond heeft, met andere woorden, geen absoluut negatieve invloed op deze bevoegdheid; wel speelt zo'n grond mijns inziens een relatieve rol, evenals diverse andere factoren waarmee het bestuur rekening moet houden bij gebruikmaking van de bestuursdwangbevoegdheid, wil men althans niet in strijd komen met de beginselen van behoorlijk bestuur. Evenzo speelt, zoals nog gezien zal worden, een strafuitsluitingsgrond ten aanzien van de niet-nagekomen verplichting een rol bij de mogelijkheid van het kostenverhaal.⁵⁸

Hier verdient ook aandacht de vraag, of de toepassing van bestuursdwang geoorloofd is bij klachtdelicten, de dood van de overtreder en andere factoren die het ontstaan van het recht tot strafvordering opschorten of het recht tot strafvordering doen vervallen.⁵⁹ Naar mijn mening zijn die factoren, evenals de strafuitsluitingsgronden dat zijn voor de strafbaarheid, in eerste instantie slechts relevant voor de strafvervolgning en niet voor de toepassing van bestuursdwang. Dit laatste is een middel om de rechtens ongewenste toestand te beëindigen/voorkomen; een rechtens ongewenste toestand kan bij voorbeeld ook bestaan indien het klachtdelicten betreft of indien de overtreder is overleden. Daarom moet toepassing van bestuursdwang in die gevallen mogelijk worden geacht. Indien het bestuur, door in die gevallen bestuursdwang toe te passen, echter in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur zou handelen, dan zou het daarvan moeten afzien.

7.5 De toepassing van de sanctiemiddelen

Na deze zijweg naar de factoren die bij strafvordering en strafbaarheid van belang zijn, keer ik terug tot de verhouding tussen de toepassing van bestuursdwang en straf. Geconstateerd werd, dat met bestuursdwang niet hetzelfde beoogd wordt als met de strafsanctie en dat de strafsanctie toegepast wordt door andere instanties (Openbaar Ministerie en Rechterlijke Macht) dan die welke bestuursdwang hanteren (de besturen). Bovendien wordt de vraag naar de rechtvaardiging - in abstracto - van deze sanctiemiddelen anders beantwoord als het gaat om bestuursdwang dan wel om straf. Deels hieruit voortvloeiend, gebeurt dat ook bij de rechtvaardiging van de concrete toepassing ervan (waarom deze vorm van bestuursdwang, waarom deze strafsoort en strafmaat?).

Hier zal op het eigene van het strafrecht niet verder worden ingegaan, maar volstaan worden met de conclusie, dat er wezenlijke verschillen bestaan tussen bestuursdwang en straf. Deze verschillen werken door in de toepassing van die sancties en in de verantwoording daarvoor. Bestuursdwang wegens overtreding van bestuursrechtelijke verplichtingen ware toe te passen, indien dat uit bestuursrechtelijk oogpunt mogelijk en wenselijk is. Daarbij spelen de in hoofdstuk 8 te beschrijven grenzen een belangrijke rol en gaat het in wezen om het - met beleid -realiseren door het bestuur van een door de staatsleiding gesteld doel, welk doel zij wil bereiken door aan de burgers

verplichtingen op te leggen. Functioneel gezien kan het toepassen van bestuursdwang dan ook niet goed onderscheiden worden van het (overig) besturen, maar vormt het daarvan een integrerend onderdeel.⁶⁰ Tot een strafrechtelijk optreden ter zake van een overtreding ware over te gaan, indien dat uit strafrechtelijk oogpunt mogelijk en wenselijk is. Ook daar spelen grenzen en beleidsaspecten een rol, maar in verband met het doel en de rechtvaardiging van het strafrecht (en de daarop afgestemde grenzen en beleidsaspecten) zijn deze toch van geheel andere aard dan die bij bestuursdwang.

Dit onderscheid betekent echter niet dat beide sanctiemiddelen elkaar niet zouden (kunnen) beïnvloeden, of dat bij (de overwegingen omtrent) de toepassing ervan niet mede rekening gehouden mag worden met de andere sanctie(on)mogelijkheid.⁶¹ Een strafrechtelijk optreden bij de handhaving van het bestuursrecht komt bijvoorbeeld in aanmerking in gevallen dat:

a een 'beschermend' voorschrift is overtreden, maar de wezenlijke norm nog niet;⁶²

b een gebod om iets te doen niet is nageleefd, doch de nalatigheid niet meer is goed te maken;

c het gebod om iets te gedogen, niet vervuld werd;

d een verbod om iets na te laten, niet werd nageleefd en achteraf vergunning wordt verleend;

e de verboden toestand niet in de oorspronkelijke staat kan worden teruggebracht.⁶³

Bovendien lijkt mij strafrechtelijk optreden gewenst in die gevallen waarin bestuursdwang is toegepast, maar de aanmerkelijke kosten daarvan niet verhaald kunnen worden, indien de overtreder met het doel zo'n verhaal onmogelijk te maken, zijn financiële positie heeft veranderd, bijvoorbeeld door de stichting van een nieuwe vennootschap.

Momenteel kan van een goede coördinatie met betrekking tot toepassing en overleg tussen de toepassers van beide sanctiemiddelen nog nauwelijks gesproken worden. Slechts incidenteel vindt tussen Justitie en een gemeentebestuur overleg plaats en dan nog meestal in het kader van het 'tripartite' overleg,⁶⁴ en niet specifiek met betrekking tot de coördinatie bij de hantering van straf en bestuursdwang. Het lijkt mij in dit verband nuttig dat dergelijk overleg op ruimere schaal wordt gevoerd, dat onderling algemene afspraken worden gemaakt en dat het bestuur en Justitie elkaar in het algemeen en in concreto op de hoogte stellen en houden van hun doelstelling, mogelijkheden en problemen bij bestuursrechtelijke norm-

inbreuken door burgers.⁶⁵ Op provinciaal niveau wordt de noodzaak daartoe allengs erkend. In enkele provincies zijn - op deelterreinen - reeds nota's en dergelijke hierover verschenen.⁶⁶ Hoewel recentelijk op dit punt ook positievere geluiden ten aanzien van overleg met gemeentebesturen en Justitie waarneembaar zijn,⁶⁷ mogen zij er niet toe leiden, dat niet krachtig nagestreefd wordt dat zo'n overleg verder uitgebouwd en geoptimaliseerd wordt, met name ook op het terrein van de bestuursdwang. Op bepaalde terreinen heeft de regering dit ook onderkend.⁶⁸ Naar mijn mening kan het eerder aanbevolen instituut van contact-ambtenaren ook in dit kader een nuttige voorlichtende en stimulerende taak verrichten.

8 De grenzen ten aanzien van bestuursdwang

8.1 Algemeen

De grenzen die met betrekking tot bestuursdwang zijn gesteld, kunnen onderscheiden worden in de grenzen die gelden bij de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen en die welke gelden bij de toepassing van bestuursdwang. De grenzen kunnen weer onderverdeeld worden in grenzen van geschreven en ongeschreven recht. Bovendien bestaan er bij de toepassing van bestuursdwang praktische grenzen. De in dit verband eveneens van belang zijnde grenzen ten aanzien van het verhaal van de kosten die bij bestuursdwang zijn gemaakt, zal ik om systematische redenen in hoofdstuk 10 behandelen.

In dit hoofdstuk bespreek ik slechts de grenzen die in acht moeten worden genomen, indien het uitvoerend gezag geconfronteerd wordt met wetsovertreding door burgers en voornemens is daartegen feitelijk op te treden. Dat neemt natuurlijk niet weg, dat er ook beperkingen gesteld zijn aan het niet-toepassen van bestuursdwang.¹ De vraag of het uitvoerend gezag deze beperkingen overschrijdt, komt hier slechts terloops ter sprake. Zij is namelijk enerzijds deels in de hoofdstukken 5 en 6 aan de orde gesteld, waarin het bestuurlijk toezicht op en de rechtsbescherming tegen bestuursdwang zijn behandeld; anderzijds kan uit de behandeling van de vraag naar de grenzen van de bevoegdheid tot en van de toepassing van bestuursdwang worden afgeleid, welke maatstaven kunnen worden aangelegd bij het niet-toepassen ervan.

8.2 De grenzen van de bevoegdheid tot bestuursdwang

Wil de gemeente bevoegd zijn tot bestuursdwang, dan zal allereerst aan enkele algemene eisen voldaan moeten zijn:

1 Er moet sprake zijn van (dreigende²) niet-nakoming van een verplichting.

2 De verplichting moet steunen op een rechtsgeldige publiekrechtelijke norm.³

3 De verplichting dient haar basis te vinden in een naar buiten gericht wettelijke regeling.⁴

4 De verplichting moet aan het concrete gedrag van de burger eisen stellen.

5 Het orgaan dat de bestuursdwang wil toepassen, moet tot taak hebben de regeling die overtreden is, uit te voeren.⁵

Indien aan deze voorwaarden voldaan is, wil dat overigens nog niet zeggen dat men zonder meer bevoegd is bestuursdwang toe te passen. Ten eerste kunnen er wettelijke beperkingen zijn en ten tweede bestaan er ongeschreven rechtsregels en/of beginselen van behoorlijk bestuur,⁶ die zich ertegen kunnen verzetten dat gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen. Overigens kan gebruikmaking van die bevoegdheid om doelmatigheidsredenen ongewenst zijn. De wettelijke beperkingen zijn die welke in het 'bevoegdheidsartikel' zijn aangebracht om de toepassing van bestuursdwang (tijdelijk) onmogelijk te maken; zij kunnen bijvoorbeeld betreffen: het tevoren moeten inschakelen van een rechter, het tevoren moeten sturen van een waarschuwing, 'redactionele onvolkomenheden' in de Gemeentewet of het in acht moeten nemen van een termijn. Ik zal, aangezien de meeste van deze zaken reeds eerder uitgebreid aan de orde zijn geweest, hierbij niet verder stilstaan. Alleen ten aanzien van de gepubliceerde jurisprudentie over het tijdstip van verzending, de inhoud en de adressering van de waarschuwing, alsmede ten aanzien van het begrip 'belanghebbende' zoals bedoeld in artikel 152, tweede lid, van de Gemeentewet, zal ik enkele opmerkingen maken.

8.2.1 *De waarschuwing*

- De schriftelijke waarschuwing dient tijdig verzonden te worden. Toen Burgemeester en Wethouders van Den Bosch in een bepaalde zaak een schriftelijke waarschuwing eerst om 11.55 uur lieten uitreiken en bestuursdwang, in de vorm van belettingshandelingen, direct daarna om 12.00 uur volgde, merkte de Rechtbank⁷ op dat 'niet meer gesproken kan worden van een schriftelijke waarschuwing, waaronder uiteraard een tijdige waarschuwing is te verstaan, als bedoeld in art. 152, tweede lid, Gemeentewet (en) dat het college van B en W derhalve in strijd met het bepaalde in . . . art. 152, tweede lid, Gemeentewet, gebruik heeft gemaakt van de in het eerste lid . . . bedoelde bevoegdheid tot het toepassen van politiedwang'. Ook de AROB-rech-

ter heeft zich met een soortgelijke vraag beziggehouden.⁸ Ik verwijs daarvoor naar blz. 100. In dat geval was een mondelinge waarschuwing gegeven op een tijdstip waarop naar mijn mening een schriftelijke op haar plaats zou zijn geweest. Ik vraag mij af, nu de AROB-rechter - zoals gezegd: ten onrechte - geen beschikkingselement kon ontdekken, hoe de burgerlijke rechter in het kader van een verzetsprocedure ten aanzien van het kostenverhaal of in dat van een normale onrechtmatige daadsactie zal beslissen, als deze gang van zaken aan hem zal worden voorgelegd. Als een schriftelijke waarschuwing tijdig moet worden gegeven, zal, lijkt mij, het ontbreken daarvan op een moment dat een schriftelijke waarschuwing mogelijk is, zeker eveneens strijd met de wet opleveren en bestuursdwang dus onrechtmatig zijn.

- De waarschuwing moet duidelijk en concreet zijn en ondubbelzinnig aangeven welk wettelijk voorschrift is overtreden. Toen Burgemeester en Wethouders van Naarden waarschuwden, dat zij bestuursdwang zouden toepassen tegen de aanwezigheid van kermisattracties op een terrein, zonder de daarvoor vereiste toestemming, en zij daarbij verzuimden aan te geven welke attracties het betrof, oordeelde de AROB-rechter⁹ dat de aanschrijving voldoende aanduiding van het onderwerp waarop zij betrekking had miste, waardoor verwarring mogelijk was en dat dus in strijd met het beginsel van de rechtszekerheid, dat meebrengt dat in een belastende beschikking de opgelegde last voldoende duidelijk moet worden omschreven, was gehandeld. Evenzo vernietigde hij een besluit van het gemeentebestuur van Nuenen, omdat de waarschuwing niet duidelijk omschreef (onder andere) op welke feitelijke toestand of gedraging zij betrekking had.¹⁰ In latere gevallen nam hij meestal aan, dat er strijd met de wet is als de aanschrijving te onbepaald geformuleerd is. Zo werd wegens strijd met de wet een waarschuwing van Burgemeester en Wethouders van Hoeven vernietigd,¹¹ omdat aan de waarschuwing de eis moet worden gesteld, dat voldoende duidelijk tot uitdrukking wordt gebracht welke maatregelen worden verlangd om te vermijden dat van gemeentewege die maatregelen worden getroffen. Een waarschuwing van Burgemeester en Wethouders van Zevenbergen werd wegens strijd met de wet vernietigd,¹² omdat de waarschuwing zo concreet moet worden geformuleerd, dat de belanghebbende niet in het duister behoeft te tasten omtrent hetgeen hij moet doen of nalaten om te voorkomen dat van gemeentewege dwangmaatregelen zullen worden genomen. De Voorzitter schorste¹³ een waarschuwing van het bestuur van de gemeente Eindhoven, waarin slechts melding was gemaakt van het in de vorige

staat terugbrengen van zonder vergunning verrichte werken, zulks 'ten genoegen van de directeur van Gemeentewerken', omdat de aanschrijving niet voldoende concreet was. Een waarschuwing van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Aalsmeer vernietigde de AROB-rechter¹⁴ wegens strijd met de wet, omdat bij een lastgeving ondubbelzinnig moet worden aangegeven welk wettelijk voorschrift is overtreden en op welke wijze de belanghebbende dient te handelen, teneinde te voorkomen dat bestuursdwang wordt toegepast. In een geval te Vleuten-De Meern, waar in de waarschuwing niet aangegeven was welk wettelijk voorschrift was overtreden en evenmin voor welke bouwwerken wél en voor welke geen bouwvergunning was vereist, vernietigde de Afdeling de waarschuwing wegens strijd met het motiveringsbeginsel.¹⁵ De conclusie van Van der Veen,¹⁶ dat dubbelzinnigheid aangaande de wettelijke voorschriften strijd met de wet oplevert en een tekortschieten in precisie bij het dulden van de 'last' alleen met het rechtszekerheidsbeginsel wordt bejegend, is, gelet (onder andere) op de uitspraken inzake Hoeven en Zevenbergen, dus onjuist. In deze uitspraken werd immers voor laatstbedoeld 'gebrek' vernietigd wegens strijd met de wet, terwijl in Vleuten-De Meern onder andere vernietigd is wegens strijd met het motiveringsbeginsel.¹⁷ De Voorzitter heeft overigens in een situatie waarin in een brief niet aangegeven was ter uitvoering van welk algemeen verbindend voorschrift de aanzegging tot bestuursdwang had plaatsgevonden, geconcludeerd dat er in zo'n geval geen sprake is van een beschikking.¹⁸

- De waarschuwing dient een redelijke termijnstelling te bevatten. Dat het vermelden van het tijdstip waarop tot bestuursdwang zal worden overgegaan, van belang kan zijn, leert de uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van 23 januari 1980,¹⁹ waarbij zij uitmaakte, dat van een waarschuwing geen sprake is als geen termijn is gesteld waarbinnen appellanten de gelegenheid wordt geboden om zelf maatregelen te treffen, die kunnen voorkomen dat bestuursdwang wordt toegepast. Zo ook bij een oordeel van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak,²⁰ waarbij hij een waarschuwing van de gemeente Bussum onder ogen kreeg. Uit de lastgeving bleek niet op duidelijke wijze wanneer tot bestuursdwang zou worden overgegaan, terwijl daarin wel gewezen was op de mogelijkheid om een bezwaarschrift in te dienen. De gemeente was echter op zo korte termijn tot bestuursdwang overgegaan, dat dat rechtsmiddel in feite niet had opengestaan. Aangezien dat voornemen van meet af aan bestond, is het, aldus de Voorzitter, niet uitgesloten dat de Afdeling Rechtspraak het besluit on-

rechtmatig zal oordelen. Ook schorste de Voorzitter een waarschuwing van het gemeentebestuur van Deventer,²¹ omdat de waarschuwing weinig redelijk was, nu zij geen termijnstelling bevatte en reeds na een week door bestuursdwang was gevolgd. Evenzo schorste hij een besluit, omdat hij de daarbij gestelde termijn niet redelijk achtte.²² Anders echter besliste de Enkelvoudige Kamer van de Afdeling Rechtspraak in 1978 over deze kwestie, toen zij het volgende overwoog: 'Evenmin kan de omstandigheid dat in de aanschrijving geen termijn is genoemd, hoezeer onwenselijk ook, aanleiding vormen deze aanschrijving als een niet op rechtsgevolg gerichte beschikking te beschouwen. Artikel 152 van de gemeentewet stelt immers voor de mogelijkheid om rechtsgeldig politiedwang uit te oefenen niet als eis dat een termijn wordt genoemd waarbinnen alsnog aan de aanschrijving kan worden voldaan'.²³ Gelet op de overige uitspraken over de termijnstelling, zal deze opvatting inmiddels wel als achterhaald mogen worden beschouwd.

- In de waarschuwing dient onmiskenbaar tot uitdrukking te komen dat van de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, gebruik zal worden gemaakt; de Afdeling Rechtspraak vernietigde een besluit waarbij werd ingegaan op de bezwaren, genoemd in een bezwaarschrift tegen een waarschuwing waarin enkel de bevoegdheid tot bestuursdwang was genoemd, omdat het feit dat de gemeente alleen maar melding maakt van de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, niet impliceert dat daarvan ook gebruik zal worden gemaakt. Dit laatste moet onmiskenbaar tot uitdrukking komen.²⁴ De bezwaarde had daarom volgens de Afdeling niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Evenmin is een brief waarin geen aanzegging is vervat, een beschikking.²⁵ Van een beschikking is ook geen sprake, als in een brief weliswaar gesommeerd wordt tot sloping, maar daarin niet een waarschuwing is opgenomen.²⁶

In dit verband wil ik nog opmerken, dat naar mijn mening aan de inhoud van de waarschuwing ook de eis gesteld moet worden dat de gemeente vermeldt in welke vorm bestuursdwang zal worden toegepast.²⁷ Het lijkt mij namelijk alleszins verdedigbaar, dat het rechtszekerheidsbeginsel meebrengt dat aan de belanghebbende voldoende duidelijk tot uitdrukking wordt gebracht welke feitelijke maatregelen hij van overheidswege kan verwachten. Tegen die maatregelen dient hij tevoren rechtsbescherming te genieten, zodat niet pas achteraf blijkt dat de getroffen maatregelen onrechtmatig waren. Ook voor de gemeentebesturen kan deze eis acceptabel zijn, omdat daar-

mee problemen die tot onder andere het Loosdrechtse botenhuis-²⁸ en het Miletic-arrest²⁹ hebben geleid, voorkomen kunnen worden. De Voorzitter heeft echter in een situatie waarin de appellant protesteerde tegen de wijze van uitvoering van de bestuursdwang, als zijn oordeel uitgesproken dat hij omtrent de wijze waarop de beschikking uiteindelijk zal worden geëffectueerd, geen uitspraak kan doen.³⁰ In een casus waarbij het betreden van een woning tegen de wil van de bewoner in het geding was, betrof hij dit aspect wel in zijn overwegingen.³¹

8.2.2 De 'belanghebbende' die bij bestuursdwang gewaarschuwd moet worden

Onder belanghebbende dient volgens de AROB-rechter in ieder geval te worden verstaan: degene die het op het tijdstip van de waarschuwing in zijn macht heeft, de met de wet of andere regeling strijdige toestand op te heffen.

Als de waarschuwing uitgaat naar de eigenaar en niet de huurder, terwijl de huurovereenkomst de eigenaar geen mogelijkheid biedt om het strijdige handelen te beëindigen,³² naar uitsluitenduitsluitend een mede-booteigenaar zonder enige beheersbevoegdheid,³³ of op een tijdstip waarop appellanten het niet meer in hun macht hebben daaraan te voldoen, is een besluit genomen in strijd met artikel 152, tweede lid, van de Gemeentewet.³⁴ Zo ook dient de aanschrijving niet alleen gezonden te worden aan de eigenaar van de grond, maar eveneens aan de huurder, als mede-belanghebbende, als deze daarop een eigen caravan heeft geplaatst.³⁵ Uit een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van 3 juli 1980, evenals een uitspraak van 25 april 1980,³⁶ waar zij stelt dat de aanschrijving tot bestuursdwang zich kan richten tegen degene die het op het ogenblik van die aanschrijving in zijn macht heeft een einde te maken aan de verboden toestand, valt op te maken dat beslissend is voor de juistheid van de waarschuwing: het tijdstip waarop deze gedaan is. Als nadien echter eigendomsoverdracht plaatsvindt, betekent dit dan dat een nieuwe waarschuwing moet volgen? De Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak heeft uitgemaakt dat een mededeling inzake het effectueren van een eerdere aanschrijving niet is aan te merken als een beschikking, tenzij de bijzondere omstandigheden van het geval tot een tegengesteld oordeel leiden.³⁷ Het lijkt mij, dat de gedachte van de Voorzitter de volgende is. In bijzondere omstandigheden kan een nader schrijven inzake bestuursdwang aangemerkt worden als een beschikking. Is er geen nader schrijven gevolgd, terwijl er wel bijzondere omstandigheden waren, die tot heroverwe-

ging hadden moeten leiden, dan is er sprake van het weigeren om een schriftelijke beschikking te geven. In de zaak die tot genoemde uitspraak aanleiding gaf, ging het om een vennootschap die ten tijde van de oorspronkelijke aanschrijving nog niet bestond, maar die - met overname van alle rechten en plichten - de vennootschap aan wie die aanschrijving was uitgegaan, voortzette. In zo'n situatie is er, aldus de Voorzitter, geen reden om de rechtsgevolgen van een aanschrijving aan deze vennootschap uit te zonderen van de rechtsopvolging onder algemene titel die heeft plaatsgehad. In geval van rechtsopvolging onder algemene titel behoeft dus geen nieuwe aanschrijving te volgen, behoudens als wegens andere bijzondere omstandigheden heroverweging plaatsvond of had moeten plaatsvinden. Hoewel het in die uitspraak niet expliciet gesteld werd en ook de Afdeling daarover nog geen uitspraak heeft gedaan, lijkt het erop, dat bij rechtsopvolging onder bijzondere titel wel een nieuwe waarschuwing moet worden gezonden. Deze gedachtengang sluit bovendien aan bij die van de Hoge Raad, die in een bepaalde zaak uitmaakte dat aan de eis van een schriftelijke waarschuwing niet is voldaan, indien de aangeschrevene in de loop van de hem gestelde termijn door eigendomsoverdracht de bevoegdheid tot het aanbrengen van verbeteringen verloren heeft, en dat in zo'n geval de gemeente eerst bevoegd is om bestuursdwang toe te passen na een schriftelijke waarschuwing aan de nieuwe eigenaar.³⁸ Door deze gedachtengang zou het in de praktijk echter wel eens bijzonder moeilijk kunnen worden, bestuursdwang toe te passen. Immers, door regelmatige eigendomsoverdracht onder bijzondere titel zou bestuursdwang opgehouden kunnen worden, doordat nieuwe waarschuwingen moeten volgen, tegen die waarschuwingen AROB-beroep openstaat, en overdracht aan niet-draagkrachtigen de toepassing van bestuursdwang kan bemoeilijken, zo niet onmogelijk kan maken. Bovendien komt de gemeente dan voor het probleem te staan, in diverse fasen te onderzoeken of er eigendomsoverdracht heeft plaatsgehad. Met name bij roerende goederen is dit moeilijk. Beter ware het mijns inziens ervan uit te gaan, dat bestuursdwang in principe onder alle omstandigheden moet kunnen worden geëffectueerd, ongeacht de eigendomsverhoudingen, en dat een nieuwe waarschuwing slechts verlangd kan worden, als zulks uit een oogpunt van goed bestuur in redelijkheid mogelijk en nodig is.^{38a}

Overigens valt het op, dat in de huidige gemeentewetsartikelen met betrekking tot bestuursdwang gesproken wordt van 'overtreder', indien het over het kostenverhaalsaspect van bestuursdwang gaat, en van 'belanghebbende', indien het de waarschuwing betreft. Een ver-

schil in terminologie is juist, omdat de overtreder niet altijd de enige belanghebbende bij de bestuursdwangtoepassing is.

Bestuursdwang kan toegepast worden als er een overtreding is begaan; de persoon van de overtreder is in principe³⁹ slechts van belang voor het kostenverhaal. De belanghebbende is over het algemeen degene die een zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang kan worden toegepast, 'gebruikt' of in gebruik heeft gegeven. Het begrip belanghebbende is ook ruimer dan het begrip 'diegene die het als eigenaar of anderszins in zijn macht heeft een einde te maken aan de verboden toestand' of iets dergelijks. Belanghebbende bij bestuursdwang kan immers ook degene zijn die daartoe niet gerechtigd is, zoals soms een huurder of een hypotheekhouder. Het lijkt mij, dat de AROB-rechter dit bij zijn eerder genoemde uitspraken niet heeft willen uitsluiten; hij zegt immers in zijn uitspraak van 3 juli 1980,⁴⁰ dat 'onder belanghebbende in ieder geval dient te worden verstaan diegene die het in zijn macht heeft . . .' Uit de woorden 'in ieder geval' kan worden afgeleid, dat er verscheidene belanghebbenden kunnen zijn, die gewaarschuwd moeten worden. Natuurlijk betekent dit niet dat, als er meer belanghebbenden zijn, de gemeente vrij is om te kiezen aan wie een waarschuwing gezonden wordt. Als het gaat over bijvoorbeeld clandestiene bouw, dan zal in elk geval ook de eigenaar van de grond gewaarschuwd moeten worden. Dit blijkt niet alleen uit de hiervóór genoemde uitspraken, maar ook uit een uitspraak van de Waarnemend Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak de dato 23 april 1980,⁴¹ waarbij hij een waarschuwing van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Helvoirt schorste, omdat de waarschuwing ten onrechte niet aan de eigenaar van het desbetreffende terrein was gezonden, maar aan de beheerder ervan.

Dat al deze belanghebbenden zoveel mogelijk gewaarschuwd moeten worden, wanneer de overheid besluit tegen de overtreding feitelijk op te treden, is uit een oogpunt van goed bestuur terecht.

Indien de overtreder en de belanghebbende één en dezelfde persoon zijn, dan zijn er in dit opzicht geen problemen. De overtreder is soms echter niet de enige persoon die door de bestuursdwang in zijn belang kan worden getroffen. Vooral bijvoorbeeld na eigendomsoverdracht of bij toekenning van bepaalde persoonlijke of zakelijke gebruiksrechten door de overtreder van de zaak ten aanzien waarvan een overtreding heeft plaatsgehad, of na overlijden van de overtreder, of bij een bestaande mede-eigendom zijn er (naast de overtreder) ook andere belanghebbenden. Het is dus te begrijpen, dat in de wet van twee termen wordt uitgegaan.

De vraag is dan, of met hantering van die termen alles afdoende geregeld is. Deze vraag beantwoord ik ontkennend, omdat zij aanleiding geeft tot het stellen van andere vragen. Ik zal hierbij uitgaan van de situatie dat de overtreder een andere persoon is dan de belanghebbende/niet-overtreder. Wie is dan 'de' belanghebbende; hoe is de onderlinge verhouding; hoe is het onderlinge kostenverhaal geregeld; moet de overheid de belanghebbende/niet-overtreder in de gelegenheid stellen alsnog maatregelen te treffen; is die belanghebbende wel 'ergens' toe verplicht; kan de overheid bij hem kostenverhaal zoeken; is de belanghebbende/niet-overtreder voor de overheid wel te achterhalen?

De belanghebbende/niet-overtreder kan in het algemeen niet tot nakoming van een niet door hem overtreden bepaling worden verplicht, tenzij die bepaling zakelijke karaktertrekken vertoont. Een 'terme de grâce'⁴² is dan wel een zeer vreemde figuur. Wel is het juist, dat de belanghebbende/niet-overtreder zoveel mogelijk gewaarschuwd⁴³ wordt dat bestuursdwang zal worden toegepast, indien de overtreder niet alsnog de verplichting nakomt. Dat de belanghebbende, voor zover hij gebruiker/geen overtreder is, het toepassen van bestuursdwang overigens heeft te dulden, een en ander behoudens bijzondere wettelijke waarborgen,⁴⁴ staat buiten kijf. Bestuursdwang is immers gericht op een overtreden situatie en staat in principe los van de vraag wie de overtreder was. Waar aanvaard is dat de eigenaar bestuursdwang zal moeten dulden, zal men dit in beginsel ook moeten aannemen voor degene die een van het eigendomsrecht afgeleid recht heeft. Het kan soms aanbeveling verdienen dat - bij niet strikt persoonlijke verplichtingen - in een bijzondere wet aan de verplichting een quasi-zakelijke werking wordt toegekend, in die zin, dat de belanghebbende eveneens verplicht is de verplichting na te komen of dat het (de belanghebbende) verboden is een zaak in gebruik te hebben, casu quo te dulden dat een zaak in gebruik is, in strijd met bepaalde wettelijke voorschriften. Bij niet-naleving van die voorschriften en bij toepassing van bestuursdwang ontstaat dan een recht tot kostenverhaal op één van de overtreders. Deze kwestie is van belang voor het regelen van de wetsbepaling die de 'waarschuwing' bevat.

In grote lijnen kunnen bij een waarschuwing drie situaties onderscheiden worden, te weten: 1 de overtreder is de enige belanghebbende bij de toepassing van bestuursdwang; 2 de overtreder is daarbij medebelanghebbende;⁴⁵ en 3 de overtreder is daarbij geen directbelanghebbende.⁴⁶

Bij de (mede)belanghebbende kan bovendien nog de situatie onderscheiden worden, dat deze soms niet de overtreder is.⁴⁷

Indien de bijzondere bestuursrechtelijke wet aan enkele verplichtingen geen quasi-zakelijke werking heeft toegekend, zal een waarschuwing mogelijk moeten zijn die op deze situatie is toegespitst. In de geldende bepalingen over bestuursdwang is dit niet duidelijk geregeld. In het ontwerp van de Werkgroep Herziening Gemeentewet is bepaald, dat het besluit ' . . . zo mogelijk , aan de overtreder en, in voorkomend geval, tevens aan belanghebbende . . . wordt meegedeeld'. In de Memorie van Toelichting⁴⁸ wordt daarover opgemerkt: 'Nieuw is dat ook belanghebbenden moeten worden gewaarschuwd.' Ik vraag mij af of, gelet op de huidige tekst in artikel 152, tweede lid, van de Gemeentewet, deze verplichting nieuw is. Bovendien is deze aan belanghebbenden te zenden 'waarschuwing' inhoudelijk anders dan die welke aan de overtreder wordt gezonden. Volgens artikel 130, lid 2, van het ontwerp wordt bij de mededeling (alleen! - H.S.) 'de overtreder gewaarschuwd en in de gelegenheid gesteld binnen een te stellen termijn maatregelen te treffen ten einde aan zijn verplichtingen te voldoen'. De 'waarschuwing' aan de overtreder houdt dus meer in dan de 'waarschuwing' aan de belanghebbende.

Tenslotte kan men zich hierbij afvragen of een 'terme de grâce' enkel gegund moet worden aan de overtreder. Een 'terme de grâce' lijkt mij bij bijvoorbeeld het overlijden van de overtreder, ook op zijn plaats ten aanzien van de rechtsopvolgers. Beter ware het daarom, te bepalen dat een 'terme de grâce' gegund wordt aan 'de overtreder of andere belanghebbende die het in zijn macht heeft de onwettige toestand op te heffen'.⁴⁹

Overigens zouden veel van de hierboven gesignaleerde problemen kunnen worden ondervangen door een efficiënte regeling in de bijzondere wetten. Het verdient in dit verband aanbeveling, te bezien in hoeverre in die wetten een regeling kan worden neergelegd waarbij verplichtingen met betrekking tot onroerende goederen (daar spelen immers de meeste problemen) ook overgaan op de rechtverkrijgende onder bijzondere titel en waarbij voor de belanghebbende/niet-overtreder eveneens een verplichting ontstaat. De uitwerking van het een en ander ligt echter op het terrein van de makers van de bijzondere bestuursrechtelijke wetten.

Wat betreft de ongeschreven grenzen wordt hieronder in hoofdlijnen uiteengezet hoe de gepubliceerde jurisprudentie van de AROB-rechter zich gevormd heeft. Dat ik aan deze jurisprudentie uitgebreider aandacht besteed, houdt verband met het feit dat het thans veelal de AROB-rechter is, die tegen de voorgenomen toepassing van bestuurs-

dwang rechtsbescherming biedt. Voor de burgerlijke rechter blijft slechts een restgedeelte over.⁵⁰ Niettemin verdient het aandacht, dat ook de burgerlijke rechter rekening houdt met de ongeschreven grenzen. Zo heeft hij zich beziggehouden met de vraag, of gebruikmaking van de bevoegdheid tot bestuursdwang in overeenstemming was met (onder andere) de volgende beginselen van behoorlijk bestuur: verbod van 'détournement de pouvoir',⁵¹ verbod van willekeur,⁵² gewekte verwachtingen⁵³ en gelijkheid.⁵⁴

De Afdeling Rechtspraak is van mening, dat de bevoegdheid tot bestuursdwang dient te worden uitgeoefend met inachtneming van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁵⁵ Hieronder zal ik uit de veelheid van de door de Afdeling Rechtspraak ter zake gedane uitspraken een selectie geven. Uitdrukkelijk wordt opgemerkt, dat het niet de bedoeling is die uitspraken uitgebreid te analyseren, maar deze slechts te rubriceren waardoor in hoofdlijnen kan worden aangegeven welke consequenties deze uitspraken voor de gemeentebesturen met zich meebrengen. Uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak, gegeven in het kader van artikel 80 van de Wet op de Raad van State, worden alleen ter aanvulling of ter verduidelijking vermeld.

8.2.3 *Het verbod van willekeur*

- In redelijkheid kan tot de uitoefening van bestuursdwang worden besloten, indien geen enkele twijfel bestaat omtrent het ongeoorloofd-zijn van bepaalde werken of verrichtingen. Daarbij dient mede te worden gezien of mogelijkheden aanwezig zijn om alsnog een vergunning, ontheffing of vrijstelling te verlenen, terwijl het, ook indien dit niet het geval zou zijn, van de omstandigheden afhangt of zich niet zwaarwegende belangen van de appellant tegen het alsnog verwijderen van werken of staken van verrichtingen verzetten.⁵⁶ De Voorzitter schorst de waarschuwing, indien onzeker is of de aan te vragen vergunning kan worden geweigerd.⁵⁷ Onduidelijkheid over de vraag of een ontheffing (en dergelijke) verleend moet worden, kan ook leiden tot een 'tussen-uitspraak' van de Afdeling waarbij de uitspraak over de rechtmatigheid van bestuursdwang wordt aangehouden.⁵⁸

Belangrijk is dus onder andere dat er, alvorens bestuursdwang wordt toegepast, zekerheid bestaat over het feit dat het handelen niet gelegaliseerd kan worden. Hierbij zal in een voorkomend geval mede de vraag moeten worden gezien, of legalisatie onder de werking van een komend rechtsregime tot de mogelijkheden behoort,⁵⁹ en dient, bijvoorbeeld zolang op een ingesteld beroep tegen een bestemmingsplan

nog geen eindbeslissing is genomen, geen bestuursdwang te worden toegepast als het onzeker is of het handelen al dan niet gelegaliseerd kan worden.⁶⁰ In een bepaald geval is een besluit overigens vernietigd wegens strijd met het motiveringsbeginsel, toen niet onderzocht was of de ontbrekende vergunning alsnog kon worden verleend,⁶¹ terwijl in een ander geval, waarbij de gemeente een tevoren gedaan verzoek om vrijstelling onbeantwoord liet, de Afdeling een waarschuwingsbesluit vernietigde wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, dat meebrengt dat een beschikking met de nodige zorgvuldigheid moet worden voorbereid en genomen.⁶²

- De tijd die verloopt tussen het constateren van de overtreding en het toepassen van bestuursdwang, is in dit verband belangrijk. Als een gemeente van het bestaan van een clandestien bouwwerk niet eerder op de hoogte is dan na een onderzoek dat zij naar aanleiding van een klacht heeft ingesteld en de gemeente korte tijd later een waarschuwing heeft doen uitgaan, kan niet met vrucht gesteld worden dat zij het recht om ter zake op te treden, verwerkt heeft, of dat dit optreden, gelet op de langdurige aanwezigheid van het bouwsel, onredelijk is.⁶³ Dat enige tijd wachten alvorens de aanschrijving wordt verzonden, niet tot onredelijkheid leidt, leren ook de uitspraken van de Afdeling Rechtspraak van 28 mei 1979⁶⁴ en van 6 februari 1981, in welke laatste uitspraak zelfs overwogen werd dat, hoewel Burgemeester en Wethouders niet al te voortvarend waren opgetreden, niet gesteld kan worden dat zij de verwachting hadden gewekt dat zij het met de wet strijdige handelen ongemoeid zouden laten.⁶⁵ Indien een gemeente daarentegen gedurende een lange periode (bijvoorbeeld dertien jaar) niets heeft ondernomen om een illegaal opgericht bouwwerk te doen verwijderen, terwijl op een gevraagde informatie omtrent een eventueel benodigde bouwvergunning niet wordt gereageerd, mag appellant reeds geruime tijd verwachten dat de gemeente van de haar toegekende bevoegdheden geen gebruik wenst te maken. Mede gelet op appellants belangen, kan de gemeente in redelijkheid dan niet meer tot bestuursdwang besluiten.⁶⁶ Een soortgelijke uitspraak werd door de AROB-rechter gedaan op 22 december 1978,⁶⁷ toen gedurende de periode 1966 tot 1977 willens en wetens het gebruik van een sta-caravan voor permanente bewoning werd gedoogd en gedurende die periode niet kenbaar is gemaakt dat voor de caravan wellicht ook een bouwvergunning nodig was. Ik vraag mij af, of in deze gevallen niet beter vernietigd had kunnen worden wegens strijd met het vertrouwensbeginsel. De Afdeling ziet daar wellicht bewust van af, als er door de

overheid geen mededelingen zijn gedaan over de vraag of een vergunning nodig is en zij dus alleen 'stilzit'. Als uit gevoerde correspondentie blijkt, dat er geen twijfel over bestaat dat een in strijd met de voorschriften opgericht gebouw verwijderd moet worden, maar er geruime tijd verstrijkt alvorens tot de aanzegging van bestuursdwang wordt overgegaan, is er geen onredelijkheid, indien de oorzaak daarvan is gelegen in een uiterst soepel en genuanceerd gevoerd beleid. Zo'n soepele opstelling kan niet uitgelegd worden als een aanwijzing dat de gemeente de illegale bebouwing zou hebben willen gedogen.⁶⁸ De Voorzitter let bij zijn oordeel over de redelijkheid van een besluit eveneens op de omstandigheid dat een illegale toestand gedurende een reeks van jaren is gedoogd.⁶⁹

Overigens kan een te lang gedogen (bijvoorbeeld meer dan tien jaar) van een handelen in strijd met een aan een vergunning verbonden voorwaarde ook leiden tot 'rechtsverwerking', waardoor een waarschuwing een wettelijke grondslag ontbeert en vernietigd wordt wegens strijd met de wet.⁷⁰

Dat tegen bouwwerken die gedurende een lange reeks van jaren ongemoeid zijn gelaten, soms toch nog opgetreden kan worden, zal ook aan de orde komen bij de behandeling van het zorgvuldigheidsbeginsel.⁷¹

- Het wijzigen of verscherpen van een beleid kan leiden tot het oordeel dat een daarop volgende waarschuwing willekeurig wordt geacht. Dit ondervond een gemeente die haar beleid ten aanzien van verkoopinrichtingen ten behoeve van de straathandel wilde wijzigen. De AROB-rechter achtte een beleidswijziging van ingrijpende aard alleen aanvaardbaar als aan het voornemen voldoende bekendheid was gegeven.⁷²

- Bij het besluit om een waarschuwing te zenden, dienen de betrokken belangen te worden afgewogen.⁷³ Dit geldt eveneens bij het besluit om geen waarschuwing te zenden.⁷⁴ Bij de afweging van belangen dient rekening te worden gehouden met onder andere sociale, humanitaire en technische aspecten,⁷⁵ de gezondheidstoestand van appellant⁷⁶ en de precedentwerking die van het niet-optreden uitgaat.⁷⁷

8.2.4 *'Détournement de pouvoir'*

Uitspraken van de Afdeling Rechtspraak over 'détournement de pouvoir' bij bestuursdwang zijn niet gepubliceerd. Wel heeft de Voorzit-

ter een uitspraak gedaan over het beoogde doel van bestuursdwang. Weliswaar ging het daarbij niet over de vraag, of het bestuur de bevoegdheid tot bestuursdwang gebruikte voor een doel waarvoor die bevoegdheid niet gegeven was, maar over de vraag, of bestuursdwang het beoogde doel voorbijschoot. In een situatie waarin iemand van oudsher een detailhandel in bepaalde produkten uitoefende, doch het assortiment uitbreidde, en de gemeente hem aanschreef om de handel zowel in het 'uitgebreide' assortiment als in enkele voordien reeds geruime tijd verkochte produkten te beëindigen, was de Voorzitter van oordeel dat de aanschrijving het beoogde doel voorbijschoot, op grond waarvan hij de aanschrijving schorste.⁷⁸

8.2.5 *Het gelijkheidsbeginsel*

Als een gemeente in vergelijkbare situaties een met het bestemmingsplan strijdig gebruik van bijgebouwen en terrein gedooft, is volgens de Afdeling, veronderstellende dat geen verdere uitbreiding van het betrokken perceel zal plaatsvinden, niet in te zien dat de gemeente tegen zodanig gebruik dient op te treden.⁷⁹ Een dergelijk optreden is dan in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Eveneens handelt de gemeente in strijd met dit beginsel, indien zij, bij het invoeren van een nieuw beleid, in een bepaald geval iemand onmiddellijk bestuursdwang aanzegt.⁸⁰ zonder rekening te houden met gevestigde belangen, terwijl zij in andere gevallen op grond van dat motief afziet van het onmiddellijk nemen van dwangmaatregelen. Het gelijkheidsbeginsel brengt bovendien mee, dat onderscheid moet worden gemaakt naar gelang de omstandigheden die de betrokkene ertoe hebben gebracht de voorschriften te overtreden.⁸¹ Aan het gelijkheidsbeginsel zou overigens volgens de Voorzitter een te ver reikende betekenis worden gehecht, indien op grond daarvan de gemeente zou moeten voortgaan met het afzien van de toepassing van bestuursdwang in willens en wetens in het leven groepen en met de wet strijdige situaties.⁸²

Indien in een bezwaarschrift een uitdrukkelijk beroep wordt gedaan op het gelijkheidsbeginsel, is een onderzoek vereist, alvorens op het bezwaarschrift mag worden beslist. Als dat niet gebeurt, handelt de gemeente in strijd met het motiveringsbeginsel.⁸³ Dat het belangrijk kan zijn, dat de gemeente op de zitting verschijnt als een beroep wordt gedaan op het gelijkheidsbeginsel, blijkt uit een uitspraak van de Voorzitter, waar deze stelt dat, aangezien 'verweerders niet ter zitting zijn verschenen' en 'mede gelet op hetgeen verzoeker ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel heeft opgemerkt, onduidelijk (is) of uitoefe-

ning van (bestuursdwang) in dit geval wel redelijk is'. De aanschrijving werd om die reden geschorst.⁸⁴ Van Zanten wijst er terecht op, dat het voor een beroep op het gelijkheidsbeginsel voldoende lijkt dat de hoofdkenmerken van de te beslissen casus in essentie gelijk zijn met die van een andere casus, waarop een beroep wordt gedaan.⁸⁵

Verder dient, als in een beroepschrift concrete gevallen genoemd worden waartegen geen bestuursdwang wordt toegepast, de gemeente zich voor te bereiden op het geven van een adequaat weerwoord.⁸⁶ Wordt onvoldoende verweer geleverd, dan wordt wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel tot vernietiging van de waarschuwing besloten.

Een eventueel verzoek om herziening van de desbetreffende uitspraak wijst de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak af, omdat 'naar ons oordeel . . . het belang van een goede procesorde en het bijzonder karakter van het rechtsmiddel van herziening met zich (brengt), dat bij de beoordeling van een verzoek om herziening slechts rekening wordt gehouden met gegevens, welke de verzoeker in de procedure, welke heeft geleid tot de uitspraak waarvan herziening wordt gevraagd, redelijkerwijs niet naar voren had kunnen brengen'.⁸⁷ De gemeente kan dan wel bij haar nieuwe beslissing op het bezwaarschrift rekening houden met de resultaten van een nader onderzoek, dat eerder verzuimd was, naar de aangevoerde gelijke gevallen.⁸⁸

8.2.6 *Het zorgvuldigheidsbeginsel*

Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt mee dat, indien wijziging of verscherping van het bestuursdwangbeleid nodig is, terughoudendheid geboden is bij de uitvoering van dat - nieuwe - beleid, als het handelingen betreft die gedurende een lange reeks van jaren ongemoeid zijn gelaten. In zo'n geval dient betrokkene in ieder geval een - in verband met zijn belangen redelijk te achten - termijn te worden gegund voor verwijdering (van clandestiene bouw) en dient zo mogelijk in overleg met de betrokkene te worden nagegaan of vervangende voorzieningen kunnen worden getroffen. Als er van een dergelijk overleg geen sprake is geweest, is de Afdeling van oordeel dat bij de voorbereiding van het besluit niet de met het oog op de belangen van appellant vereiste zorgvuldigheid is betracht.⁸⁹ De Voorzitter schorst een besluit als de daarbij gestelde termijn door hem niet redelijk wordt geoordeeld.⁹⁰

Als er op een perceel twee clandestiene bouwwerken aanwezig zijn en de gemeente zegt slechts één ervan bestuursdwang aan, dan zal - in het geval verwijdering van het ene bouwwerk, waartegen geen bestuurs-

dwang is aangezegd, de mogelijkheid biedt alsnog vergunning te verlenen voor het bouwwerk waartegen bestuursdwang is aangezegd - de gemeente bij haar besluitvorming omtrent het toepassen van bestuursdwang in aanmerking behoren te nemen of al dan niet tegen het andere bouwwerk zal worden opgetreden. Als men die vraag onbeantwoord laat, handelt het gemeentebestuur in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.⁹¹

Eveneens handelt de gemeente in strijd met dat beginsel, als zij in de overwegingen op een bezwaarschrift tegen een waarschuwing dat een woonschip verwijderd moest worden, niet ingaat op de vraag of verwijdering van het schip uit die gemeente redelijkerwijs mogelijk zou zijn en op welke wijze de verwijdering zou kunnen worden geëffectueerd, terwijl appellant onder de aandacht had gebracht dat hij geen ligplaats buiten die gemeente kon vinden.⁹²

Alvorens een waarschuwing dat bestuursdwang wordt toegepast, wordt gezonden, omdat in strijd met de Bouwverordening een bouwwerk in een kleur is geschilderd die het gemeentebestuur esthetisch niet aanvaardbaar vindt, zal advies van de plaatselijke welstandscommissie moeten zijn gevraagd. Als dat niet gebeurt is, zal het besluit vernietigd worden, aangezien het op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.⁹³ Dit gebeurt ook als in een bezwaarschrift uitdrukkelijk is verzocht van een bepaald artikel vrijstelling te verlenen en daarop geen beslissing wordt genomen, maar de waarschuwing gehandhaafd blijft,⁹⁴ of als de gemeente zichzelf de kans ontnemt om kennis te nemen van feiten en omstandigheden die van belang zouden kunnen zijn met het oog op het door haar te nemen besluit, bijvoorbeeld door een bepaald overleg niet af te wachten.⁹⁵

Tenslotte kunnen hier uitspraken worden vermeld waarin de Afdeling Rechtspraak via toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel regels stelt voor de AROB-procedure, in die gevallen dat de wet geen regels bevat.

Volgens artikel 13 van de Wet AROB moet een bezwaarschrift gemotiveerd zijn. Toen iemand een ongemotiveerd bezwaarschrift indiende en Burgemeester en Wethouders van Oldenzaal hem in zijn bezwaren niet-ontvankelijk verklaarden, vernietigde de Afdeling Rechtspraak dat besluit, omdat een zorgvuldige voorbereiding van een besluit op een bezwaarschrift meebrengt dat Burgemeester en Wethouders betrokkene (alsnog) in de gelegenheid stellen zijn bezwaarschrift van een motivering te voorzien.⁹⁶ Overigens hadden Burgemeester en Wethouders bovendien de ter hoorzitting gegeven toelichting buiten beschouwing gelaten.

Artikel 15, lid 1, van de Wet AROB regelt de doorzendingsplicht voor het geval dat tegen een beschikking - ten onrechte - beroep wordt ingesteld bij de Afdeling Rechtspraak. Deze plicht geldt volgens de Afdeling Rechtspraak ook als een bezwaarschrift is ingediend, terwijl dit een beroepschrift bij de Afdeling Rechtspraak had moeten zijn, omdat zij meent dat het, in verband met de jegens de indiener te betrachten zorgvuldigheid, geboden is dat het betrokken orgaan in overleg met de indiener het geschrift ter behandeling als beroepschrift doorzendt.⁹⁷ Overigens geldt deze doorzendingsplicht ook als een bezwaarschrift wordt gericht aan een verkeerd orgaan.⁹⁸

Voorts zijn er nog andere uitspraken gedaan over procesrechtelijke aangelegenheden waarbij de waarschuwing en het zorgvuldigheidsbeginsel betrokken waren. Het zou de grenzen van dit onderzoek te ver overschrijden om daarop, evenals op andere uitspraken van procesrechtelijke aard waarbij bestuursdwang een rol speelde, nader in te gaan.

8.2.7 Het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel

Reeds genoemd is een uitspraak van de Afdeling over een illegale situatie die weliswaar reeds zes jaar bestond, maar waarvan de gemeente niet op de hoogte was. Toen zij van het bestaan hoorde en korte tijd daarna een aanschrijving deed uitgaan, was er volgens de Afdeling geen sprake van rechtsverwerking.⁹⁹ Er is geen sprake van strijd met het vertrouwensbeginsel, als iemand willens en wetens illegaal handelt en er daarna van afziet om mee te werken aan een mogelijke legalisering, ook niet als de gemeente daarbij niet al te voortvarend is opgetreden.¹⁰⁰ Evenmin leidt een langdurig gedogen van bepaalde activiteiten tot de plicht voor de overheid om ook een uitbreiding van die activiteiten te gedogen.¹⁰¹ Indien daarentegen opgetreden wordt tegen nagenoeg gereed zijnde clandestiene werkzaamheden, waarvoor de overtreder, in het vertrouwen dat voor de aanleg geen vergunning benodigd was dan wel dat deze zonder bezwaar kon worden verleend, aanmerkelijke kosten had gemaakt en waarbij het bovendien niet geheel uitgesloten is dat een vergunning alsnog zal kunnen worden verleend, dan handelt de gemeente in strijd met het beginsel der rechtszekerheid.¹⁰²

Eveneens werd wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel vernietigd een besluit tot toepassing van bestuursdwang, hoewel de Burgemeester de toezegging had gedaan, dat van de zijde van het gemeentebestuur geen beletselen in de weg zouden worden gelegd bij het ge-

bruik van een schuur voor detailhandel, op grond van welke toezegging aanzienlijke investeringen waren gedaan.¹⁰³ Ook vernietigde de Afdeling Rechtspraak een besluit waarbij een waarschuwing werd gehandhaafd, maar waarbij tevens werd beslist dat niet tot uitvoering zou worden overgegaan indien binnen een maand een bouwvergunning zou worden aangevraagd. Volgens de Afdeling Rechtspraak is 'de aanzegging van (bestuursdwang) niet los te zien van de daadwerkelijke toepassing daarvan.'¹⁰⁴

De Voorzitter heeft diverse keren een schorsing uitgesproken in gevallen waarin een toezegging was gedaan dat een illegale toestand zou worden gedoogd,¹⁰⁵ of als iemand te goeder trouw op eerder verkregen informatie en op de feitelijke situatie was afgegaan.¹⁰⁶ Een beleidswijziging, die ertoe strekt om thans strak de hand te houden aan de voorschriften, brengt mee dat, alvorens deze wordt doorgevoerd, daaraan tijdig en duidelijk van gemeentewege bekendheid wordt gegeven.¹⁰⁷ Zie in dit verband overigens ook de uitspraken die genoemd zijn bij de behandeling van het verbod van willekeur en bij het gestelde met betrekking tot de inhoud van de waarschuwing. Opvallend is, dat in een situatie waarin door gemeente-ambtenaren verwachtingen waren gewekt, het besluit tot handhaving van de waarschuwing vernietigd is wegens strijd met het willekeurbeginsel.¹⁰⁸

8.2.8 *Het motiveringsbeginsel*

Reeds vermeld is, dat in een incidenteel geval een besluit is vernietigd wegens strijd met het motiveringsbeginsel, omdat niet onderzocht is of de ontbrekende vergunning alsnog kon worden verleend.¹⁰⁹ Meestal echter volgt in een dergelijke situatie vernietiging wegens strijd met het willekeurbeginsel. Bovendien is reeds genoemd de uitspraak dat, indien in een bezwaarschrift een uitdrukkelijk beroep wordt gedaan op het gelijkheidsbeginsel en daarnaar door de gemeente geen onderzoek wordt ingesteld, de gemeente in strijd met het motiveringsbeginsel handelt.¹¹⁰

Voorts kan in dit verband genoemd worden een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak, waarbij in een tegen de waarschuwing ingediend bezwaarschrift feiten en omstandigheden waren aangevoerd op grond waarvan de bezwaarde meende, dat de gemeente in dat geval niet in redelijkheid had kunnen besluiten om bestuursdwang toe te passen, terwijl de gemeente in het geheel niet op die feiten en omstandigheden inging. De Afdeling vernietigde het besluit wegens strijd met artikel 14, vierde lid, van de Wet AROB.¹¹¹ In een soortgelijk ander geval

echter vernietigde de Afdeling het besluit wegens strijd met artikel 8, eerste lid aanhef en onder d (motiveringsbeginsel) van die wet.¹¹²

Indien de gemeente bij een besluit op een bezwaarschrift tegen een waarschuwing stelt, dat voor een illegaal bouwwerk (ook in de toekomst) niet alsnog een bouwvergunning kan worden verleend, en dat besluit steunt op een motivering die het besluit niet kan dragen, dan volgt vernietiging wegens strijd met het motiveringsbeginsel.¹¹³ Zulks geschiedt eveneens als in de motivering een toereikende verantwoording op het punt van de afweging van de in een bepaald geval in geding zijnde belangen ontbreekt,¹¹⁴ en als in de bezwaarschriftenprocedure geen volledige heroverweging plaatsvindt.¹¹⁵

8.2.9 *Conclusies*

Ter afsluiting van deze paragraaf kan geconcludeerd worden dat volgens de jurisprudentie:

- de schriftelijke waarschuwing tijdig verzonden dient te worden;
- de waarschuwing ondubbelzinnig dient aan te geven welk wettelijk voorschrift is overtreden;
- de waarschuwing voldoende duidelijk en concreet de opgelegde last dient te bevatten die kan voorkomen dat (alsnog) bestuursdwang wordt toegepast;
- de waarschuwing een redelijke termijnstelling moet bevatten;
- de waarschuwing duidelijk dient te omschrijven op welke feitelijke toestand of gedraging zij betrekking heeft;
- in de waarschuwing onmiskenbaar tot uitdrukking moet komen dat van de bestuursdwangbevoegdheid gebruik zal worden gemaakt;
- onder belanghebbende in ieder geval dient te worden verstaan degene die het op het tijdstip van de waarschuwing in zijn macht heeft de illegale toestand op te heffen;
- alvorens tot bestuursdwang wordt besloten, er zekerheid bestaat over het feit dat het illegale handelen niet (gedeeltelijk) gelegaliseerd kan worden;
- een toereikende verantwoording inzake belangenafweging moet plaatshebben;
- het langdurig gedogen van illegale toestanden (van gedogen kan eerst gesproken worden als de gemeente van de onrechtmatige situatie op de hoogte is) kan leiden tot rechtsverwerking of tot willekeur bij bestuursdwang;
- van een wijziging of verscherping van het bestuursdwangbeleid tijdig en duidelijk bekendheid moet worden gegeven en dat, als het

handelingen betreft die gedurende een reeks van jaren gedoogd zijn, daarbij terughoudendheid geboden is, hetgeen inhoudt het gunnen van een redelijke termijn en het zo mogelijk in overleg met betrokkene nagaan of vervangende voorzieningen kunnen worden getroffen;

- als de gemeente in vergelijkbare situaties een illegale toestand gedooft, zij in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt als zij tegen één van die situaties met bestuursdwang wil optreden;
- het gelijkheidsbeginsel niet meebrengt, dat de gemeente moet blijven afzien van toepassing van bestuursdwang in willens en wetens in het leven geroepen illegale situaties;
- als er in een beroepschrift een beroep wordt gedaan op het gelijkheidsbeginsel en concrete gevallen genoemd worden waartegen geen bestuursdwang wordt toegepast, de gemeente een adequaat weerwoord dient te geven op straffe van vernietiging van de waarschuwing wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel;
- de Afdeling Rechtspraak niet consequent dezelfde vernietigingsgrond hanteert in soortgelijke omstandigheden.

8.3 De grenzen van de toepassing van bestuursdwang

8.3.1 *De grenzen van geschreven en ongeschreven recht*

De grenzen van de toepassing van bestuursdwang kunnen worden onderscheiden in grenzen van geschreven en ongeschreven recht en in praktische grenzen.

Wat de wettelijke grenzen betreft, deze hebben betrekking op het inacht nemen van beschermde rechten - zoals grondrechten en het eigendomsrecht - van belanghebbenden en beschermde rechten van derden. Ik wil een tweetal opmerkingen maken.

De eerste gaat over het grondrecht van artikel 172 van de Grondwet, dat handelt over de vrijheid binnen de eigen woning. Dit artikel zegt, dat het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner alleen geoorloofd is in de gevallen bij de wet bepaald, krachtens een bijzondere of algemene last van een macht, door de wet aangewezen, en dat de wet de vormen regelt waaraan de uitoefening van deze bevoegdheid gebonden is. In het kader van de toepassing van bestuursdwang, waarbij het soms nodig is dat van gemeentewege tegen de wil van de bewoner een woning wordt binnengedreden, zijn twee wettelijke voorschriften aan te wijzen die deze bevoegd-

heid regelen, te weten: de wet van 31 augustus 1853, S 83,¹¹⁶ en de artikelen 153 en 154 van de Gemeentewet. Eerstgenoemde wet is tot stand gebracht ter verzekering van de behoorlijke naleving van bepaalde gemeentelijke autonome verordeningen; genoemde artikelen van de Gemeentewet regelen dit ten behoeve van de uitvoering van medebewindswetten. Op de (in het verleden actuele) vraag of - ter uitoefening van bestuursdwang op grond van artikel 210 van de Gemeentewet - het bepaalde in de wet van 1853 toepassing kan vinden, wordt naar huidige opvattingen een positief antwoord gegeven.¹¹⁷ Opvallend is, dat in de tekst van genoemde wet in vergelijking met die van de artikelen 153 en 154 van de Gemeentewet verschillen voorkomen. De twee voornaamste inhoudelijke verschillen zijn:

- De wet van 1853 ziet alleen op verordeningen die strekken tot handhaving van de openbare rust of veiligheid, of tot bescherming van het leven of de gezondheid van personen; dus niet op verordeningen die in een ander belang voorzien. Op het terrein van medebewind geldt deze beperking niet.

- De wet van 1853 bepaalt dat de Gemeenteraad in een verordening vooraf de last tot binnentreden van woningen moet hebben gegeven, terwijl bij medebewind het 'orgaan dat de . . . medewerking verleent' de last kan verstrekken.

Deze verschillen kunnen geen motivering vinden in de aard van de onderscheiden gevallen, zodat unificatie van beide artikelen gewenst is. Reeds in 1929 merkte Vos op, dat de eis van goede wetstechniek met zich meebrengt dat de stof in haar geheel in de Gemeentewet wordt opgenomen.¹¹⁸ Ook Oppenheim, Stellinga en Van Wijk betreuren dat de inhoud van de wet van 1853, na modernisering van zijn terminologie, nog niet naar de Gemeentewet is overgebracht.¹¹⁹ In de Ontwerp-Gemeentewet van de Werkgroep Herziening Gemeentewet wordt aan deze gerechtvaardigde wens tot unificatie voldaan.¹²⁰ De regering is overigens van plan de regeling van het binnentreden te zijner tijd in overeenstemming te brengen met de Algemene Wet op het Binnentreden, die op dit moment wordt voorbereid.¹²¹

De tweede opmerking betreft het inachtnemen van het eigendomsrecht van derden/niet-overtreders bij de toepassing van bestuursdwang. De wijze waarop sommige personen het de overheid praktisch onmogelijk maken door middel van bestuursdwang op te treden, doordat zij handig met het verbod van inbreuk op eigendomsrecht van derden/niet-overtreders manoeuvreren, heeft recentelijk de

aandacht getrokken. Een voorbeeld hiervan is de kwestie-Westerschouwen, waarbij een maatschappij tot exploitatie van onroerende goederen, die eigenares was van een stuk beschermd duingebied, dat stuk grond zodanig verkocht aan caravanhouders dat een strook grond rondom het verkochte eigendom in het bezit van die maatschappij bleef.¹²² De voor het plaatsen van de caravans benodigde vergunningen waren niet verleend, in verband waarmee het gemeentebestuur van Westerschouwen de caravanhouders met bestuursdwang dreigde. Bestuursdwang werd echter onmogelijk gemaakt, omdat de eigenares van de omringende strook grond aan de gemeente (natuurlijk) geen toestemming gaf tot het betreden van bedoelde (plaag)strook. De gemeente vroeg daarop de rechter, bedoelde maatschappij te bevelen, te gedogen dat de gemeente de (plaag)strook zou betreden ten behoeve van de voorgenomen bestuursdwang.

Bij arrest van het Hof te 's-Gravenhage de dato 16 oktober 1974¹²³ is echter uitgemaakt, dat de eigenares geen rechtsplicht schendt door niet te gedogen dat de gemeente die strook betreedt.

Dit voorbeeld biedt voor handige personen allerlei mogelijkheden van wetsontduiking. Hoewel niet bekend is of de Hoge Raad de zienswijze van het Hof zal delen, is wetswijziging op dit punt naar mijn mening om rechtszekerheidsredenen gewenst.

Bij het betreden van terreinen van derden/niet-overtreders¹²⁴ bij de toepassing van bestuursdwang heeft men te maken met, enerzijds, de belangen en rechten van de rechthebbende(n) op die terreinen en, anderzijds, het algemeen belang, dat eist dat bestuursrechtelijke verplichtingen onder omstandigheden kunnen worden afgedwongen, omdat anders de in het kader van een bepaald overheidsdoel opgelegde verplichting niet geëffectueerd en dus het overheidsdoel niet gerealiseerd kan worden. In het algemeen prevaleert het algemeen belang, dat wetten worden gehandhaafd, boven privé-belangen. Daarom verdient het aanbeveling, dat in de Gemeentewet het betreden van die terreinen - tegen de wil van de rechthebbenden - mogelijk wordt gemaakt. Dat laatste is ook gebeurd bijvoorbeeld ten behoeve van de opsporing van overtredingen van bestuursrechtelijke verplichtingen die strafbare feiten opleveren, alsmede ten behoeve van het toezicht op de naleving van verplichtingen in sommige bestuursrechtelijke wetten.¹²⁵

In zekere zin kan hier bovendien een parallelie tussen deze situatie en die welke in artikel 12 van de Belemmeringenwet Privaatrecht¹²⁶ is bedoeld, worden onderkend. In het Franse recht heeft deze parallelie ertoe geleid, dat onder bepaalde voorwaarden het toepassen van be-

stuursdwang onder het regime van de - met hiervóór genoemde Nederlandse wet vergelijkbare - wet van 29 december 1892 wordt geplaatst.¹²⁷

Bij dit voorstel wordt ten behoeve van de bescherming van de rechten van derden echter een aantal restricties gemaakt. Allereerst dient vast te staan, dat er in die bepaalde omstandigheid geen redelijk alternatief is voor het toepassen van bestuursdwang. Ten tweede dient vast te staan, dat de toepassing van bestuursdwang redelijkerwijze niet mogelijk geacht moet worden wanneer die terreinen niet betreden kunnen worden. De afweging of aan deze voorwaarden is voldaan, kan - gezien het beleidsmatig karakter daarvan - het beste plaatshebben door het bestuur, zij het, dat het uit genoemd oogpunt aanbeveling verdient dit zo te regelen, dat het resultaat van die afweging onderworpen kan worden aan een oordeel van de (administratieve) rechter. Mede ten behoeve van dit laatste ware in de wettelijke regeling een tijdige aanschrijving - behoudens spoedeisende gevallen - aan de rechthebbende op die terreinen verplicht te stellen, waarin de plicht wordt vastgelegd om te gedogen dat ten behoeve van de toe te passen bestuursdwang zijn terrein wordt betreden. (Een aanschrijving, zoals bedoeld in onder andere artikel 9, eerste lid, van de Onteigeningswet en artikel 11 van de Belemmeringenwet Privaatrecht, kan tot voorbeeld van een wetsartikel voor deze zaak strekken.) Met de oplegging van de plicht tot gedogen is immers gegeven, dat het een beschikking in de zin van de Wet AROB betreft.

Behalve aan genoemde twee voorwaarden voor de bevoegdheid tot het betreden van de terreinen, moet aandacht worden besteed aan de vraag, op welke wijze het bestuur die bevoegdheid mag toepassen.

Dit zal moeten geschieden met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur. Om de keuze daarvan te kunnen onderwerpen aan een administratiefrechtelijke controle, verdient het aanbeveling, wettelijk te regelen dat de door het bestuur geprefereerde wijze van uitvoering in de aanschrijving wordt vermeld op straffe van nietigheid van de aanschrijving. De toetsing van het gehele 'voornemen' van het bestuur wordt daarmee bij één rechterlijke instantie, de AROB-rechter, ondergebracht; de beoordeling van de daadwerkelijke toepassing, de feitelijke handeling zelf, zal in deze opvatting bij de gewone rechter blijven, althans zolang in de Wet AROB het onderscheid rechtshandeling - feitelijke handeling gehandhaafd blijft.¹²⁸

Tenslotte zal het vraagstuk van de schadevergoeding geregeld moeten worden. Ervan uitgaande dat het om een rechtmatige overheidsdaad gaat en dus afgezien van de mogelijkheid dat het bestuur on-

rechtmatig de terreinen betreedt, bijvoorbeeld omdat de feitelijke betreding uiterst onzorgvuldig is, brengt de omstandigheid, dat de derde/niet-overtreder in het algemeen geen verwijt kan worden gemaakt van de oorzaak van het overheidsoptreden, met zich mee dat de aangebrachte schade geheel wordt vergoed. Een verwijt ten aanzien van het niet-nakomen van de verplichting kan in de meeste gevallen wel worden gemaakt aan de overtreder,¹²⁹ in verband waarmee het aanvaardbaar is dat deze schadevergoeding wordt doorberekend aan de overtreder, die aan het niet-nakomen van de verplichting schuld heeft. In de wettelijke bepaling die het kostenverhaal regelt, dient hiermee rekening te worden gehouden.

De Werkgroep Herziening Gemeentewet heeft in artikel 127 van haar ontwerp het volgende bepaald:

‘1 Om aan een besluit tot toepassing van bestuursdwang uitvoering te kunnen geven, kunnen terreinen tegen de wil van de rechthebbende worden betreden en kan het orgaan dat bestuursdwang toepast, aan met name aangewezen personen machtiging verlenen tot het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner.

2 Tot het betreden van terreinen welke niet bij de overtreding betrokken zijn, wordt niet overgegaan dan nadat het orgaan dat bestuursdwang zal toepassen, de rechthebbende ten minste achtenveertig uren tevoren het betreden daarvan schriftelijk heeft aangezegd. Het vorenstaande geldt niet indien dit in spoedeisende gevallen niet mogelijk is.

3 In de schriftelijke aanzegging, bedoeld in het tweede lid, wordt de wijze omschreven waarop het betreden zal plaatsvinden.

4 Indien in de gevallen, bedoeld in het tweede lid, door het betreden van terreinen schade wordt veroorzaakt, wordt deze vergoed door de gemeente, onverminderd het recht tot verhaal daarvan op de overtreder.’

Ervan uitgaande dat de AROB-rechter de schriftelijke aanzegging, zoals bedoeld in het tweede lid, aanmerkt als het opleggen van een gedoogplicht en dus als een beschikking, en gelet op artikel 131, derde lid, dat bepaalt dat onder ‘de kosten . . . (van bestuursdwang) . . . tevens (worden) begrepen de kosten, verbonden aan het ingevolge artikel 127 betreden van terreinen van rechthebbenden’, wordt met deze bepalingen dus geheel tegemoet gekomen aan de hierboven weergegeven oplossing van dit probleem.¹³⁰

Bij het daadwerkelijk toepassen van bestuursdwang moet ook reke-

ning worden gehouden met ongeschreven rechtsregels en/of de beginselen van behoorlijk bestuur. Deze kunnen betrekking hebben op de keuze van de bepaalde vorm van bestuursdwang¹³¹ alsook op de wijze waarop deze is geëffectueerd. Bij het eerste kan gedacht worden aan de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en willekeur. Bij het tweede gaat het met name om de zorgvuldigheidsnorm, die uit de jurisprudentie over artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek bekend is.

8.3.2 *De praktische grenzen - algemeen*

Onder 'praktische grenzen' versta ik grenzen, gevormd door problemen van praktische aard, die kunnen leiden tot het niet-toepassen van bestuursdwang, hoewel toepassing formeel-juridisch mogelijk is. Objectief is niet altijd exact aan te geven, wanneer problemen van die aard een praktische grens vormen. Dit kan van geval tot geval en van gemeente tot gemeente verschillen. Ik zal niettemin spreken van praktische grenzen, omdat elk van die problemen voor een bepaalde gemeente en in bepaalde omstandigheden een praktische grens kan zijn.

De hierna te vermelden praktische grenzen zijn ontleend aan hoofdstuk III van het rapport van het door mij, in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken verrichte, in 1980 afgesloten onderzoek naar door de gemeenten ondervonden problemen in het kader van bestuursdwang.¹³² De daarbij geconstateerde grenzen zijn beperkt tot de praktijk bij de toepassing van bestuursdwang, die verband houdt met de in de Gemeentewet neergelegde bepalingen omtrent bestuursdwang. Eventuele specifieke grenzen op een terrein waarvoor een afzonderlijk en/of afwijkend stelsel van bepalingen over bestuursdwang geldt, zoals de Hinderwet en de Wegenverkeerswet, zijn buiten dat onderzoek gebleven. Deze terreinen blijven, vanwege de specifieke problemen die daar voorkomen, ook hier buiten het onderzoeksveld. Overigens zijn of worden naar die problemen (recentelijk) elders studies verricht.¹³³

Ten behoeve van het veldonderzoek is een doelgerichte homogene steekproef¹³⁴ samengesteld, bestaande uit een tiental daarvoor in aanmerking komende gemeenten.¹³⁵ De opzet die daarbij voorzat, was niet een inventarisatie te verrichten van de kwantiteit van de feitelijke problemen bij de toepassing van bestuursdwang, maar een categoriale inventarisatie van de problemen waarmee gemeentebesturen, als zij de toepassing van bestuursdwang wenselijk achtten, te

maken konden krijgen. Verondersteld werd - en tijdens het onderzoek is die veronderstelling bevestigd - dat de gemeenten ten aanzien van de aard van de problemen een zeer hoge mate van homogeniteit bezaten. Bij de samenstelling van de steekproef is vooral gelet op gemeenten waar - door hun bijzondere bemoeienis op bepaalde terreinen van overheidszorg - omstandigheden aanwezig waren die frequent tot bestuursdwang-optreden aanleiding zouden kunnen geven. In overleg met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en een begeleidingsgroep,¹³⁶ die samengesteld was uit vertegenwoordigers van genoemde Vereniging, het Ministerie van Binnenlandse Zaken en de universitaire wereld, is een keuze gedaan over het aantal en de soort van de bij het onderzoek te betrekken gemeenten.

De keuze is zodanig geweest, dat bij het onderzoek minimaal twee gemeenten per tevoren bepaald terrein van overheidszorg, waarvan verondersteld werd dat daarop relatief vaak het instituut bestuursdwang ter sprake zou kunnen komen, betrokken waren. Bovendien is erop gelet dat de gemeenten verspreid over Nederland lagen en dat zij naar inwonertal varieerden van klein (± 17.500) tot groot (± 750.000). Het onderzoek bestond onder andere uit interviews met de bij de besluitvorming omtrent bestuursdwang betrokken bestuurders en ambtenaren. Aan door mijzelf gevoerde gesprekken is de voorkeur gegeven boven een schriftelijke informatieverzameling, omdat eerstbedoelde methode meer zekerheid biedt dat misverstand over de bedoeling van het onderzoek en de uitleg van de vragen kan worden uitgesloten. Bovendien bereikt men hiermee eerder en vollediger dat, zowel bij de betrokken ambtenaren als bij de betrokken bestuurders, informatie wordt verkregen, ook die welke wellicht niet op schrift zou worden gesteld. De gesprekken hadden betrekking op alle problemen die zich binnen het onderzoeksveld konden voordoen.

Behalve deze interviews hebben gesprekken over het instituut bestuursdwang plaatsgevonden met drie ter zake deskundige Burgemeesters, die een langdurige praktijkervaring in het openbaar bestuur hebben en ook in de bestuursrechtelijke literatuur te vinden zijn. Ook die keuze is gedaan in overleg met bedoelde begeleidingsgroep.

Alvorens tot een weergave van de praktische grenzen over te gaan, merk ik op, dat door de gemeentebesturen tot daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang tegen opgespoorde overtredingen relatief zelden wordt besloten. Bovendien blijkt dat de toepassing van bestuursdwang niet evenredig toeneemt met de mate van toename

van bestuursrechtelijke regelingen. Het relatief weinig toepassen van bestuursdwang is een gevolg van, enerzijds, het feit dat de burgers, om welke reden dan ook, hun wettelijke verplichtingen nakomen, eventueel na daaraan herinnerd te zijn, anderzijds de omstandigheid dat de belangen die bij de besluitvorming omtrent bestuursdwang betrokken zijn of de problemen die de toepassing van bestuursdwang voor de gemeentebesturen oplevert, soms dermate complex zijn, dat zij aanleiding vormen om van toepassing af te zien.

Voor een goed begrip van de gang van zaken bij constatering van een overtreding van een bestuursrechtelijk voorschrift waartegen bestuursdwang mogelijk is, lijkt het zinvol, in grote lijnen de praktijk te beschrijven van de 'voorbereidingshandelingen', die van de zijde van de gemeente worden getroffen, alvorens men tot bestuursdwang overgaat.

De meeste gemeenten handelen na de opsporing van een overtreding van een wettelijk voorschrift van bestuursrechtelijke aard als volgt.¹³⁷ De overtreder wordt - meestal informeel, al dan niet mondeling - door gemeente-ambtenaren op zijn overtreding attent gemaakt. Getracht wordt dan door middel van overreding een oplossing te bereiken, bijvoorbeeld door de overtreder ertoe te bewegen alsnog vergunning aan te vragen of het verbodene te staken, te verwijderen etc. Een en ander speelt zich hoofdzakelijk af op het niveau ambtenaar - burger en hangt nauw samen met de opsporingsfase en de rapportage van de opgespoorde overtreding. Biedt de 'overredingstechniek' geen oplossing, dan wordt het gemeentebestuur 'ingeschakeld'.¹³⁸ Besluit het bestuur tegen de overtreding te gaan optreden, dan verloopt het verdere contact bijna uitsluitend schriftelijk, hoewel het ook wel voorkomt dat bestuurders de overtreder mondeling ertoe trachten te bewegen zijn verplichtingen alsnog te vervullen. De correspondentie begint meestal met constatering van de overtreding en een termijnstelling waarbinnen de overtreding beëindigd moet zijn of waarbinnen bepaalde handelingen, zoals het aanvragen van een vergunning, moeten worden verricht.¹³⁹ In de meeste gevallen wordt ook gewezen op de bevoegdheid van het bestuur tot bestuursdwang zonder dat er direct sprake is van een 'formele' waarschuwing. Soms leidt zo'n brief tot nader (mondeling) overleg. Wordt aan de brief geen gevolg gegeven, dan volgt de fase waarin formeel met bestuursdwang wordt gedreigd. In een enkele gemeente wordt deze waarschuwing direct na rapportage en de daaraan voorafgegane overredingsfase verzonden. Soms volgt daarna nog een aankondiging met exacte tijdsaanduiding wanneer bestuurs-

dwang zal geschieden. Deze 'voorbereidingshandelingen' zijn in de meeste gevallen voldoende om de overtreding te doen beëindigen. Tot daadwerkelijk toepassen van bestuursdwang is het dan niet gekomen.

8.3.3 *De geconstateerde praktische grenzen*

De praktische grenzen komen bij de volgende situaties of als gevolg van de volgende omstandigheden voor:

a Het door middel van bestuursdwang beletten van continue of regelmatig terugkerende overtredingen

Het optreden tegen dit soort overtredingen levert vaak moeilijkheden op. Wanneer bijvoorbeeld iemand zonder bouwvergunning met de bouw doorgaat, ondanks een bevel tot stillegging van het werk, iemand zonder vergunning een kamerverhuurbedrijf blijft exploiteren, iemand zonder toestemming op een bepaald terrein caravans blijft verkopen, of iemand een brandgevaarlijke lokaliteit voor het publiek openhoudt, ondanks een sluitingsbevel, dan is om diverse redenen het daadwerkelijk beletten van de voortgang van de handeling problematisch.

Weliswaar is het juridisch geoorloofd, personeel te posteren om te beletten dat het overtreden doorgaat, maar daarvoor ontbreekt in de praktijk meestal de mankracht. Gemeentepersoneel, dat normaal gesproken niet bij de bestuursdwang betrokken is, kan voor een bepaalde korte tijdsspanne daarbij nog wel ingezet worden, maar voor een enigszins langere periode is dit onmogelijk, omdat dan de overige taken van de gemeente ernstig verwaarloosd zouden kunnen worden. Trouwens, welke personeelsleden zijn daartoe bereid en/of geschikt? Medewerkers van bijvoorbeeld bouw- en woningtoezicht hebben vaak niet dat overwicht op de overtreder, dat vereist is om de verdere overtreding te beletten. Bovendien hebben zij voor dit laatste meestal niet dezelfde bevoegdheden als die welke in dit verband aan politiefunctionarissen toekomen. De inschakeling van het politie-apparaat is daarom gewenst. Leden van het politiekorps vinden, evenals het (andere) gemeentepersoneel,^{139a} zo'n werkzaamheid echter bijzonder onplezierig. Bovendien voert de politie er vaak niet veel voor, een gedeelte van haar personeelsbestand aan het normale werk te onttrekken ten behoeve van wat zij ervaart als een louter administratiefrechtelijke zaak. Bij 'strafwaardiger' zaken, bijvoorbeeld prostitutiebestrijding, is zij daartoe eerder geneigd.

Door een gemeente is becijferd, dat het continue posteren van een persoon zes agenten per etmaal 'kost'.¹⁴⁰ Daarbij is rekening gehouden met een maximale werkdag van acht uur, het gemiddelde percentage zieken, vakanties, de tijd die vereist is voor verslaggeving en dergelijke. Indien dan bijvoorbeeld wegens brandgevaar een café moet worden gesloten en zowel aan de voor- als aan de achterzijde twee agenten continu geposteed worden, dan zijn per dag $2 \times 2 \times 6 = 24$ agenten daarmee gemoeid. Posteren van agenten en/of (ander) gemeentepersoneel gedurende langere tijd is - nog afgezien van de financiële gevolgen van een dergelijke operatie - daarom praktisch onmogelijk. Het posteren lokt overigens vaak weer andere problemen uit, zoals treiterijen van de geposteerde en opstootjes.

Een ander probleem bij het posteren is de beantwoording van de vraag: hoe lang mag je posteren? Volgens de Hoge Raad mag het posteren weliswaar voortduren zolang niet redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de voorschriften niet meer zullen worden overtreden.¹⁴¹ Maar de facto kan dit erg moeilijk te bepalen zijn.¹⁴² Dit probleem speelt vooral bij met onregelmatige tussenpozen gepleegde overtredingen. Indien bijvoorbeeld ten behoeve van een kamerverhuurbedrijf, dat zonder vergunning werd geëxploiteerd en daarom ontruimd is, terwijl ter voorkoming van verdere verhuur agenten geposteed zijn, een aanvraag om vergunning voor zo'n bedrijf wordt ingediend, moet het posteren dan beëindigd worden? De praktijk leert, dat het vertrouwen dat de overheid in een dergelijk geval in de aanvrager stelde, regelmatig beschaamd werd: bij beëindiging van het posteren werd opnieuw verhuurd zonder dat de exploitant verder iets ondernam om de vergunning te krijgen.

Een groot probleem van andere aard is, dat het daadwerkelijk optreden tegen het frequent - maar op zeer ongeregelde tijden, meestal 's nachts - storten van vuil op plaatsen waar dit verboden is, uiterst moeilijk is. Een vuilstortplaats kan eventueel worden afgezet, maar het storten van vuil in een uitgestrekt natuurgebied, in sloten, bermen en dergelijke kan op die manier niet voorkomen worden.

Problemen bij optreden tegen continue overtredingen doen zich ook voor, wanneer bijvoorbeeld woonwagens en woonschepen in groten getale ongeoorloofd stand- of ligplaatsen innemen, waardoor als het ware een wooncentrum ontstaat. Behalve financiële problemen spelen hier problemen van vervoerstechnische aard, alsook problemen bij het voorkomen van nieuwe overtredingen, indien de desbetreffende plaatsen bijvoorbeeld voor dagrecreatie, parkeren of anderszins voor het verkeer geopend zijn. Evenzo kan hier gedacht worden

aan optreden tegen een illegaal continu te vroeg starten van auto's of aan andere handelingen, zoals het telkens opnieuw - al dan niet na toepassing van bestuursdwang - in voorraad hebben van een te groot aantal dieren of zaken, zulks in strijd met de wet of een aan een beschikking verbonden voorwaarde.

b Sluiting van een inrichting en de controle op die sluiting

Soortgelijke problemen als beschreven onder punt *a* doen zich voor bij de effectuering van een sluiting, al dan niet na een ontruiming, van bijvoorbeeld een kamerverhuurbedrijf, een gebouw waar prostitutie bedreven wordt of een brandgevaarlijk café. Naast de gesignaleerde problemen met betrekking tot de controle op de naleving van het sluitingsbevel, doen zich hierbij echter ook andere problemen voor. Een voorbeeld: ten aanzien van welke personen geldt de sluiting, indien een gedeelte van het gesloten gebouw bestemd is tot 'woning'? De toegang tot een woning mag niet ontzegd worden. Welke personen/gezinsleden echter in de woning wonen, aan wie toegang verschaft moet worden, hoe de sluiting geëffectueerd kan worden voor de rest van de inrichting - dat zijn vragen die niet of niet eenvoudig te beantwoorden zijn.

Daar komen dan weer problemen bij rond de feitelijke effectuering van het sluitingsbevel. Dichtmetselen of -spijkeren van de toegangsdeur kan vaak niet, omdat een gedeelte van de inrichting toegang geeft tot een woning. Bovendien blijkt zo'n maatregel in de praktijk voor de kwaadwillige overtreder niet altijd effectief te zijn; het van buiten af aangebrachte timmer- of metselwerk is door hem eventueel eenvoudig weer te verwijderen.¹⁴³ Het 'verzegelen' van bijvoorbeeld de ontruimde kamers van een clandestien kamerverhuurbedrijf wekt in de praktijk de lachlust van de aspirant-overtreder op, aangezien verbreking van een zegel, als men tot het aanbrengen daarvan niet uitdrukkelijk bevoegd is verklaard, niet als een afzonderlijk misdrijf strafbaar is gesteld.¹⁴⁴

Het eventueel strafrechtelijk vervolgen levert meestal een dermate kleine geldboete op en de winsten van een kamerverhuurbedrijf zijn vaak zo hoog, dat de boete graag 'op de koop toe' wordt genomen. Van evenredigheid tussen de boete en de met de overtreding verkregen winsten is geen sprake.¹⁴⁵

Soms sorteert sluiting van een inrichting overigens geen effect. Indien bijvoorbeeld, in strijd met een verordening, in een inrichting ontploffingsgevaarlijke of giftige stoffen aanwezig zijn, dan wordt dit gevaar (voor de volksgezondheid) niet weggenomen door de

maatregel van sluiting. Evenzo biedt sluiting van een autosloperij geen soelaas, omdat de hinder (landschapsontsiering) toch blijft voortduren. In sommige gevallen durft de overheid de sluiting van inrichtingen met technisch ingewikkelde industriële processen niet goed aan, omdat onvoldoende praktische deskundigheid aanwezig is en men de gevolgen van de effectuering van de sluiting niet overziet.

Regelmatig komt het voor, dat het bevel tot sluiting om bestuurlijke redenen erg ongewenst is, omdat door een dergelijke maatregel weliswaar de overtreding kan ophouden, maar andere problemen ontstaan. Te denken valt in dit verband aan de sluiting en ontruiming van een kamerverhuurbedrijf. De overheid zal in zo'n situatie te maken krijgen met de problematiek van de huisvesting van de ex-kamerhuurders. Eveneens kan gedacht worden aan problemen in de sfeer van de werkgelegenheid, als gevolg van de voorgenomen sluiting van een bedrijf. Ook kan als voorbeeld dienen het sluiten en afzetten van een clandestiene vuilstortplaats, indien in de omgeving geen andere vuilstortplaats aanwezig is.¹⁴⁶

In een aantal gevallen schiet bestuursdwang overigens zijn doel voorbij, bijvoorbeeld indien dat middel wordt toegepast ter ontruiming van een kamerverhuurbedrijf dat weliswaar zonder vergunning wordt geëxploiteerd, maar zonder dat er materieel bezwaar tegen de wijze van de verhuur bestaat. Sommige Verordeningen op kamerverhuurbedrijven schrijven echter voor dat, in geval van exploitatie van zo'n bedrijf zonder vergunning, de inrichting moet worden gesloten. Indien de exploitant - om welke reden dan ook - weigert vergunning aan te vragen, dan moet tot sluiting worden overgegaan, hoewel misschien het gebouw aan (bijna) alle technische en overige eisen van de betreffende Verordening voldoet. De veronderstelling dat de exploitant geen vergunning vraagt, is niet al te hypothetisch, omdat het meermalen voorgekomen is dat de exploitant liever had dat de gemeente tot sluiting en ontruiming van zijn bedrijf overging, waarna hij het 'in onbewoonde staat' voor een aanmerkelijk hogere prijs kon verkopen dan in verhuurde staat. De kosten van bestuursdwang had hij er graag voor over. Ook de speculant die zo'n bedrijf koopt en als gevolg van toegepaste bestuursdwang binnen korte tijd 'vrij' verkoopt, maakt grote winsten. Door sluiting bereikt men weliswaar dat aan de verboden toestand een einde wordt gemaakt, maar niet dat de achterliggende gedachte (het beleidsdoel) van de Verordening op de kamerverhuurbedrijven wordt verwezenlijkt. Bovendien draagt men dan bij tot speculatie in onroerende goederen.

Het effect van 'de verkeerde personen treffen' of het duperen van personen speelt bijvoorbeeld ook vaak bij het optreden door middel van bestuursdwang tegen sommige overtredingen van kampeerverordeningen. De sluiting en ontruiming van een zonder vergunning geëxploiteerd kampeerterrein of het weghalen van (in strijd met een vergunningsvoorwaarde) 'te veel geplaatste' caravans treft direct de dikwijls te goeder trouw zijnde kampeerder die van zijn vakantie geniet.

Tenslotte zij hier vermeld, dat sluiting soms tijdelijk niet doorgezet kan worden, bijvoorbeeld indien daarmee gemeenschappelijke voorzieningen geraakt zouden worden. Te denken valt in dit verband aan de situatie dat de centrale verwarmingsketel van een bejaardenhuis niet aan de gestelde eisen voldoet. Afsluiting hiervan in de winterperiode moet dan voor onmogelijk worden gehouden.

c De opslag van goederen die bij bestuursdwang (door middel van ontruiming, afbraak en dergelijke) verkregen zijn

Ten aanzien van de opslag doen zich diverse problemen voor. Allereerst moet er een plaats (gebouw of terrein) beschikbaar zijn waar de goederen kunnen worden opgeslagen. In de meeste gevallen hebben de gemeenten de beschikking over een eigen loods of kunnen zij ruimten voor opslag huren. Dit geldt vaak alleen voor de opslag van relatief kleine voorwerpen. Overigens levert de keuze bij het maken van een inventarisatielijst regelmatig problemen op: welke spullen moeten bewaard worden en welke kunnen met het grofvuil worden 'afgevoerd'? Tot dit laatste zijn de gemeenten trouwens wettelijk niet uitdrukkelijk bevoegd verklaard. Problemen met betrekking tot ruimte ontstaan wanneer bijvoorbeeld een paar honderd caravans of gevaarlijke stoffen moeten worden opgeslagen of wanneer levend vee of grote aantallen andere dieren moeten worden ondergebracht. Problemen van deze aard doen zich ook voor, indien bijvoorbeeld grote vrachtwagencombinaties in strijd met de Parkeerexcessenverordening zijn geparkeerd en deze verwijderd zouden moeten worden. In verband met dit soort problemen kan ook gedacht worden aan het bieden van woonruimte aan personen in geval van ontruiming van een kamerverhuurbedrijf.

De tijdsduur van opslag levert eveneens problemen op. In het algemeen bewaren de gemeenten de opgeslagen voorwerpen totdat de rechthebbende ze komt ophalen. Indien dit laatste relatief lang duurt, dan verkopen de gemeenten de voorwerpen en bewaren zij de opbrengst voor de rechthebbende. Als bewaarloon verschuldigd is,

wordt dit de rechthebbende in rekening gebracht, dan wel in mindering gebracht op de opbrengst. Problemen doen zich hier voor, indien bijvoorbeeld de rechthebbende van een (solitair) autowrak niet bekend is.

Verder leveren vragen zoals: mogen de verkregen goederen verkocht worden en zo ja, hoe en wanneer, de gemeente grote problemen op. Er zijn vaak voorwerpen bij waarvan duidelijk is dat ze door de rechthebbende niet meer opgehaald worden, omdat ze nauwelijks iets waard zijn (bijvoorbeeld autowrakken), of waarvan de rechthebbende onbekend is (bijvoorbeeld krakers van kraakpanden).

Voorts is het beheer in de ene gemeente goed, in de andere in het geheel niet geregeld. Sommige gemeenten slaan in verband met mogelijke problemen (zoals: is hier sprake van zaakwaarneming en moet een verzekering worden afgesloten?) de goederen niet op een afgesloten terrein op, maar plaatsen ze op openbare terreinen.

d Personele problemen

Sommige van de geconstateerde problemen treden niet op of zijn niet zo ernstig, indien de opsporing van de overtreding intensief en snel geschiedt. Indien het opsporingspersoneel in staat is de tijd, gelegen tussen het moment van de overtreding en de constatering daarvan, kort te houden, dan zijn 'minnelijke' oplossingen veel makkelijker bereikbaar dan indien tussen die beide tijdstippen geruime tijd verstreken is. Ook zijn er problemen met betrekking tot de aantallen en het opleidingsniveau van de personeelsleden die ten behoeve van bestuursdwang worden ingeschakeld. Ik heb deze problemen reeds vermeld. Hier volsta ik met de constatering dat over het algemeen de problemen afnemen naarmate de gemeenten groter zijn.

Het personeel (van bijvoorbeeld bouw- en woningtoezicht) krijgt er overigens hoe langer hoe meer een aversie tegen, ingeschakeld te worden bij bestuursdwangmaatregelen, omdat zij dit vervelend en gevaarlijk vinden en zij er niet veel voor voelen, eventueel onder politiebewaking, de 'problemen van Burgemeester en Wethouders op te lossen'. Dit geldt, zoals eerder vermeld werd, evenzeer voor politiefunctionarissen, zij het dat daar vaak - mede - sprake is van een andere reden.

In sommige gevallen ontstaat frustratie bij het gemeentepersoneel omdat het bestuurscollege hen 'in de kou laat staan' tegenover de burgers, zoals bijvoorbeeld in het geval dat door de directeur van Gemeentewerken met bestuursdwang is bedreigd, terwijl door het bestuur verder geen maatregelen worden getroffen. Zo ben ik gestoten op een geval waarbij op een ambtelijk voorstel om met bestuursdwang

op te treden, geen beslissing werd genomen, omdat het gemeentebestuur, casu quo de betreffende portefeuillehouder, de ambtelijke nota's telkens weer naar de secretarie terugzond met eenvoudige en/of niet ter zake doende vragen en opmerkingen. Deze moesten eerst behandeld worden alvorens op het voorstel van bestuursdwang beslist zou worden. Dit 'terugkaatsspel', waarvan de motieven die de bestuurder(s) bewogen slechts te raden zijn, ging door tot zeventien keer toe. De desbetreffende ambtenaar heeft het toen maar gelaten voor wat het was.

In een bepaalde zaak betreffende een zeer brandgevaarlijke inrichting, waarin elk weekend honderden jongelui vertoeven, durfde een ambtenaar het desbetreffende dossier op vrijdagavond niet in zijn bureau te bewaren, omdat hij vreesde dat, als er in dat weekend ernstige dingen zouden gebeuren, hij daarvoor verantwoordelijk zou worden gesteld, hoewel het niet-optreden in feite een gevolg was van 'beslissingen', of eigenlijk van het niet-nemen van adequate beslissingen, van het gemeentebestuur.

e Politieke en sociaal-psychologische belemmeringen

Hier kunnen diverse belemmeringen genoemd worden die aanleiding geven tot problemen in het kader van de toepassing van bestuursdwang. Allereerst staat de pers in het algemeen tamelijk negatief tegenover een maatregel als bestuursdwang. Dit maakt het voor de bestuurders extra lastig, te besluiten tot daadwerkelijke uitvoering over te gaan. Bovendien vinden vele gemeentebestuurders bestuursdwang een vervelende maatregel, omdat deze politiek erg gevoelig ligt, onplezierig is voor en niet begrepen wordt door de kiezers of als te ingrijpend wordt ervaren. In specifieke omstandigheden leeft bestuursdwang ook niet in het rechtsbewustzijn van de bestuurder. Bij de clandestiene bouw van een woning bijvoorbeeld is men eerder geneigd de bouw te accepteren en daarvoor allerlei speciale uitzonderingsprocedures, zoals 'postzegelplannetjes', toe te passen, dan tegen de overtreding door middel van bestuursdwang op te treden.¹⁴⁷ Uiteraard geldt dit niet voor elke bestuurder. Dit kan bovendien regionaal verschillen, alsook afhankelijk zijn van gezagsopvattingen.

Een ander argument om niet met bestuursdwang op te treden, vormt het feit dat de vergunninghouders vaak de vergunning(svoorwaarden) niet of nauwelijks lezen. Indien bijvoorbeeld bouwvergunning onder voorwaarden wordt verleend, dan zal de bouwer de technische voorwaarden vaak niet lezen, omdat hij ze toch niet begrijpt, maar geeft

hij ze door aan de architect; deze dirigeert ze naar de (onder)aannemer en die vaak weer naar de uitvoerder. In de praktijk blijkt dat naleving van de voorwaarden dan vaak niet plaatsheeft. Voor de vergunninghouder zou het dan, volgens de bestuurders, toch wel 'hard' aankomen, indien met bestuursdwang zou worden opgetreden.¹⁴⁸ Dit is overigens altijd het geval, indien direct of indirect wordt opgetreden tegen personen die te goeder trouw zijn.

Ook de aard van de bevolking kan een bemoeilijkende rol spelen bij de besluitvorming omtrent bestuursdwang. Een in een ambtelijke nota voorgesteld optreden tegen het illegaal ritueel slachten van kippen door Marokkaanse mohammedanen werd in een bepaalde gemeente uitgelegd als 'geloofsdiscriminatie'.

Het gebrek aan bestuurlijke durf en de vrees voor 'wat de rechter zal zeggen' zijn reeds ter sprake gekomen. Toepassing van bestuursdwang is in verband daarmee soms achterwege gebleven.

Problemen als gevolg van door bestuurders gedane toezeggingen in de trant van 'het wel in orde te maken' en dergelijke, of als gevolg van een persoonlijke relatie met de overtreder, zijn niet specifiek voor bestuursdwang en overigens in de stukken moeilijk te achterhalen.¹⁴⁹

De hier beschreven praktische problemen kunnen als volgt worden samengevat:

- 1 Het gedurende langere tijd beletten van continue of regelmatig terugkerende overtredingen in bepaalde gebouwen of terreinen is, omdat de mankracht daarvoor ontbreekt, onmogelijk.
- 2 Het beletten van (het op onregelmatige tijden terugkeren van) overtredingen op terreinen die zeer uitgestrekt of onoverzichtelijk zijn, is moeilijk of onmogelijk.
- 3 Het herstel in de oude toestand is in sommige situaties feitelijk onmogelijk.
- 4 Het verplaatsen van grote hoeveelheden woonwagens en dergelijke is uiterst belastend en derhalve praktisch vaak onmogelijk.
- 5 De effectuering van een sluiting is vaak niet mogelijk.
- 6 De opslag van meegevoerde goederen is in een aantal gevallen onmogelijk.
- 7 Gemeente-ambtenaren en de politie ervaren het moeten toepassen van of aanwezig zijn bij bestuursdwang vaak als onplezierig.
- 8 Het bestuur vindt de toepassing van bestuursdwang onplezierig vanwege de vaak negatieve persberichten, het onbegrip van de burgers en de politieke gevoeligheid van het instrument.
- 9 Bestuursdwang treft soms de verkeerde personen.

10 Bestuursdwang leeft soms niet in het rechtsbewustzijn van de bestuurders.

11 De aard van de bevolking waartegen opgetreden zou moeten worden, kan de toepassing van bestuursdwang bemoeilijken.

12 Gebrek aan bestuurlijke durf tot snel of krachtig optreden, kan het optreden (in een later stadium) bemoeilijken.

13 De beantwoording van de beleidsvraag, hoe lang in concrete gevallen geposteed mag worden levert problemen op.

14 Met bestuursdwang wordt soms een verkeerd resultaat bereikt.

15 Met bestuursdwang kan soms het beoogde effect niet worden bereikt.

16 Door toepassing van bestuursdwang worden soms andere problemen veroorzaakt.

17 De keuze bij het maken van een inventarisatielijst van de bij de bestuursdwang meegevoerde voorwerpen is vaak moeilijk.

18 Het beheer van de meegevoerde voorwerpen is niet duidelijk geregeld.

8.3.4 *Hoe kan aan de praktische problemen worden tegemoet gekomen?*

Uitgangspunt van de analyse van mogelijkheden tot oplossing van de diverse problemen vormt de opvatting, dat zoveel mogelijk getracht moet worden de problemen allereerst op te lossen door een verbetering van het functioneren van de huidige bestuursdwangregeling, inclusief de kostenverhaalsregeling.¹⁵⁰ Daarbij zijn eveneens van belang de mogelijkheden die de bijzondere bestuursrechtelijke wetten bieden om bestuursdwang beter te laten functioneren. Dit uitgangspunt is gekozen, omdat naar een eventueel alternatief voor bestuursdwang - in gevallen waarin met dit instrument niet het gewenste doel kan worden bereikt - pas gezocht kan worden, indien de problemen niet afdoende te verhelpen zijn door bij de geldende wettelijke regelingen aansluitende en dus van het huidige bestuursdwangstelsel niet principieel afwijkende wijzigingen en andere verbeteringen. Bovendien speelt hierbij een rol dat, in tegenstelling tot alternatieven voor bestuursdwang, met bestuursdwang het gestelde overheidsdoel direct kan worden verwezenlijkt, waardoor een verbetering van het functioneren van dit middel de voorkeur verdient boven alternatieven die het bereiken van dat doel slechts indirect kunnen bevorderen.

Alvorens op de afzonderlijke problemen met betrekking tot bestuursdwang in te gaan, maak ik eerst een aantal algemene opmerkingen

over controle- en opsporingsmogelijkheden. Teneinde het instrument van bestuursdwang in sommige situaties effectief te kunnen toepassen, alsmede om te voorkomen dat door gebruikmaking daarvan onbehoorlijk zou worden gehandeld, dient de opsporing van overtredingen in een zo vroeg mogelijk stadium plaats te hebben en moet de controle op de naleving van verplichtingen intensief zijn.¹⁵¹ Zowel het een als het ander functioneert momenteel niet optimaal. Dit is deels een gevolg van gebrek aan mankracht. Vooral in uitgestrekte plattelandsgemeenten, maar ook in dichtbevolkte en 'dichtbebouwde' stedelijke gebieden, is een snelle opsporing van overtredingen en een intensieve controle op naleving van bestuursrechtelijke voorschriften door het relatief geringe aantal personen dat met die werkzaamheden is belast, vaak niet eenvoudig. Enige uitbreiding van het personeelsbestand, dat tevens of speciaal met controle- of opsporingswerkzaamheden wordt belast, zou hier uitkomst kunnen bieden. Bovendien is het zo, dat bij een toeneming van - administratieve - werkzaamheden en de hierdoor ontstane druk op het aanwezige personeel, het eerst de controlemaatregelen dreigen te worden nagelaten. De besturen dienen daarom prioriteiten te bepalen wat betreft de verdeling van de arbeidstijd van hun personeel, maar vooral in verband met de financiële mogelijkheden om bepaalde noodzakelijke voorzieningen te realiseren.

Bovendien zal bij een ambtenaar die met diverse functies belast is, zoals met vergunningbehandeling en toezicht en opsporing, deze veelheid van functies tot rolconflicten aanleiding geven.¹⁵²

Eveneens dient te worden gezien in hoeverre een reorganisatie van het aanwezige personeel, met name van het opsporingskorps, en een samenwerking tussen gemeenten op basis van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen¹⁵³ (met name voor het controlerende personeel¹⁵⁴) aan een verbetering van het functioneren kunnen bijdragen.

Bovendien kan men zich afvragen, of controleproblemen niet ook een gevolg kunnen zijn van de 'oncontroleerbaarheid' van de voorschriften. Indien blijkt dat wetten niet op een verantwoorde wijze te controleren zijn, omdat het daarin gehanteerde systeem van vergunningen, ontheffingen, uitzonderingen en dergelijke tot ernstige praktische controlemoeilijkheden aanleiding geeft, dient ernstig overwogen te worden, dat systeem aan te passen. Ook bij het ontwerpen van wetten dient men te bezien of de daarin neergelegde verplichtingen in de praktijk te controleren zullen zijn.

Evenzo dient bestudeerd te worden of de voorschriften ten behoeve van gemeentegrens-overschrijdende natuurgebieden en dergelijke, die afkomstig zijn van verscheidene gemeenten, wel voldoende op elkaar

afgestemd zijn. In geval van ernstige afwijkingen zal dit voor het opsporingspersoneel tot praktische moeilijkheden aanleiding geven. Hier is, lijkt mij, voor de provinciebesturen een belangrijke coördinerende taak weggelegd. Zij moeten, op basis van hun toezichthoudende bevoegdheden, in staat zijn gemeentebesturen tot coördinatie te brengen zonder hun provinciale modellen op te dringen.

Een ander probleem bij de opsporing ontstaat doordat van de opsporingsambtenaren vaak een specifieke technische of juridische deskundigheid, bijvoorbeeld op het terrein van de ruimtelijke ordening of het milieurecht, moet worden verlangd. De 'gewone' politieman bezit deze deskundigheid niet, of niet altijd. In zulke gevallen dient in de opleiding hierop meer gelet te worden, en/of de aanstelling van speciale, niet tot het politiekorps behorende opsporingsambtenaren overwogen te worden. Het zou wenselijk zijn, bij het ontwerpen van wetten en bij het evalueren van het functioneren ervan, ook aan dit punt grote aandacht te besteden. Tenslotte is het zo dat een goede instructie aan, een regelmatig overleg met en vooral een goede voorlichting aan het opsporend en controlerend personeel door of vanwege het bestuursorgaan over het belang van de voorschriften en de naleving ervan, gewenst zijn. Hierdoor kan bij dat personeel namelijk meer begrip voor en meer betrokkenheid bij de realisering van de doelstelling van de bestuursrechtelijke voorschriften ontstaan. Dit kan eveneens tot een intensieve en snelle opsporing bijdragen. In dit verband wijs ik tevens op de door mij voorgestane regeling van contact-ambtenaren voor de opsporing etc. van bestuursrechtelijke delicten, welk instituut in dezen eveneens goede diensten zou kunnen verrichten.

Tenslotte verwijs ik voor een uitgebreidere verhandeling over de problemen (en de voorgestelde oplossingen) bij de opsporing etc. van sommige bestuursrechtelijke delicten naar het rapport *De handhaving van de Hinderwet*,¹⁵⁵ de rapporten *De coördinatie van de opsporing van milieudelicten* en *Eerste rapport verhouding Justitie - Bestuur bij de handhaving van het milieurecht* van het Interdepartementaal Overleg inzake de Handhaving van het Milieurecht, alsmede de Kamerstukken daarover,¹⁵⁶ het *Advies n.a.v. de aanbevelingen in het rapport De handhaving van de Hinderwet* van de Centrale Raad voor de milieuhygiëne,^{156a} het rapport *Sterkte van de politie* van de Projectgroep Organisatiestructuren¹⁵⁷ en overige bestuursrechtelijke literatuur.¹⁵⁸ Die gegevens zijn mijns inziens voor een deel ook voor de opsporing etc. van bestuursrechtelijke delicten in het algemeen van belang. Het zou te ver voeren, in deze studie daarop uitgebreider in te gaan, omdat die problemen voor mijn onderzoek slechts zijdelings re-

levant zijn en voorts op een terrein liggen dat deels van het juridische afwijkt of tot het strafrechtelijke behoort.

De problemen zijn, wat de oorzaken van of de betrokkenheid bij bestuursdwang betreft, onder te verdelen in de volgende hoofdvormen:

1 Problemen bij het beletten van overtredingen als gevolg van gebrek aan mankracht (1 en 2).¹⁵⁹

2 Problemen die hun oorzaak vinden in de omstandigheid, dat met repressieve bestuursdwang in sommige concrete situaties niet kan worden bereikt dat de toestand ten behoeve waarvan verplichtingen zijn gesteld, alsnog wordt verwezenlijkt (3).

3 Problemen die zich voordoen wanneer met een - in beginsel mogelijke - toepassing van bestuursdwang andere moeilijke vraagstukken ontstaan (4, 5 en 6).

4 Problemen bij personeel dat bij de besluitvorming of bij de uitvoering van het besluit tot toepassing van bestuursdwang betrokken is (7).

5 Problemen bij de personen die omtrent het toepassen van bestuursdwang besluiten (8, 10, 11 en 12).

6 Problemen bij de personen die als mede-belanghebbende bij de toepassing van bestuursdwang zijn betrokken (9).

7 Overige (13 tot en met 18).

Enkele van de hiervoor onder 1 tot en met 3 samengevatte problemen horen overigens in meer dan één van deze hoofdvormen thuis. Ik zal hierna alleen de hoofdvormen bespreken en niet uitgebreid allerlei denkbeeldige situaties behandelen. Dit niet alleen omdat legio 'moeilijke situaties' denkbaar zijn, waardoor een en ander onoverzichtelijk wordt, maar ook omdat het risico bestaat, dat verzuimd wordt dat bepaalde situaties genoemd worden. Bovendien pretendeer ik geenszins, hier voor alle situaties een pasklare oplossing te kunnen bieden; ik tracht slechts in hoofdlijnen aan te geven, welke richting men bij de aanpak van de huidige problemen zou kunnen volgen.

Ten aanzien van de onder 4 tot en met 6 vermelde hoofdvormen zij hier aangetekend, dat er - naast die problemen welke de toepassing van bestuursdwang voor de gemeente bemoeilijken of onmogelijk maken -, als gevolg van een besluit of voornemen om bestuursdwang toe te passen of niet toe te passen, ook problemen in het menselijke vlak kunnen zijn bij anderen dan de onder 4 tot en met 6 genoemde personen. Hierbij kan gedacht worden aan kwesties als: hoe ervaart de overtreder de toepassing van bestuursdwang en hoe ervaren derden de (niet-)toepassing van bestuursdwang? Wat het eerste aspect betreft,

de overtreder kan bestuursdwang als een strafsanctie ervaren of onredelijk vinden. Daartegenover staat echter enerzijds, dat bestuursdwang geen strafsanctie beoogt te zijn¹⁶⁰ en ook niet louter generaal-preventief mag worden aangewend;¹⁶¹ anderzijds, dat de overtreder meestal zelf de voorwaarden heeft geschapen op grond waarvan bestuursdwang wordt toegepast. Het is de door de overtreder te dragen consequentie van het niet-gevolg-geven aan wettelijke verplichtingen, die nodig zijn om een bepaald overheidsdoel te kunnen realiseren. Het betekent overigens niet, dat hij bij een overtreding de toepassing van bestuursdwang onder alle omstandigheden en ongeacht de vorm waarin of het tijdstip waarop deze geschiedt, zal moeten dulden.¹⁶² Persoonlijke omstandigheden, wettelijke waarborgen en beginselen van behoorlijk bestuur kunnen de toepassing van bestuursdwang soms ongeoorloofd maken.¹⁶³ In zoverre zal het bestuur ook met deze problemen rekening moeten houden. Wat het tweede aspect betreft: bij derden¹⁶⁴ kan ergernis, onbegrip, schade en dergelijke ontstaan, indien de gemeente besluit geen bestuursdwang toe te passen tegen (bijvoorbeeld) een clandestien bouwwerk. Indien zo'n besluit een gevolg is van problemen bij de toepassing van bestuursdwang, dienen deze mede om die reden opgelost te worden. Voor zover het oorzaken zou betreffen¹⁶⁵ die niet specifiek voor bestuursdwang gelden, blijven zij, behalve het op blz. 167 e.v. opgemerkte, hier onbesproken.

Wat de categorie 'overige' betreft, breng ik onder de aandacht dat bij verwezenlijking van de door mij bij de andere hoofdvormen gedane suggesties tevens een aantal van de overige problemen zal zijn opgelost.

Ad 1 Problemen bij het beletten van overtredingen als gevolg van gebrek aan mankracht

De problemen van deze aard zijn in theorie oplosbaar door een duurzame grote uitbreiding van het personeelsbestand dat met de uitvoering van bestuursdwang is of wordt belast. De vraag is echter, of dit financieel en anderszins verantwoord is. Over het algemeen is het het controlerende en het opsporende overheidspersoneel, dat met de uitvoering van deze vorm van bestuursdwang wordt belast.¹⁶⁶ De vraag of een reorganisatie of een uitbreiding van dit personeel mogelijk is, heb ik op blz. 157 e.v. aan de orde gesteld.

Een andere theoretische oplossing, te weten: het inschakelen bij deze vorm van bestuursdwang van gemeente-ambtenaren die normaal gesproken niet tot het controlerende en opsporende personeel (in de buitendienst) behoren, schijnt, indien dat regelmatig of voor langere tijd

moet gebeuren, in vele gevallen niet juist te zijn, omdat het niet verantwoord moet worden geacht een aanzienlijk percentage van het ambtenarenkorps met dit soort werkzaamheden te belasten. Gebeurt dat wel, dan kan hun normale werk gemakkelijk verstoord worden, hetgeen voor incidentele overtredingen in het algemeen niet gerechtvaardigd is te achten.

Ik vestig er overigens de aandacht op, dat een verbetering van andere sanctiemiddelen en de preventieve werking die daarvan uitgaat,¹⁶⁷ ertoe kunnen bijdragen dat er minder problemen van deze aard overblijven.

Ik heb mij bovendien afgevraagd, of de gemeentebesturen wel voldoende gebruik maken van de mogelijkheden tot het verkrijgen van onderlinge samenwerking op dit terrein. Op grond van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen kunnen de gemeentebesturen een regeling treffen ter behartiging van bepaalde belangen van die gemeenten. Het lijkt mij, dat deze wet mogelijkheden kent die momenteel niet volledig benut worden. Hiermee kan onder andere immers een gemeenschappelijk(e) personeelsbestand of bijstandsregeling worden 'gecreëerd', waardoor niet alleen door het grotere aantal ambtenaren dan waarover elke gemeente afzonderlijk de beschikking heeft, bestaande problemen kunnen worden opgelost, maar bovendien door een grotere deskundigheid van die ambtenaren andere (technische) problemen beter tot een oplossing kunnen worden gebracht. In zo'n regeling zou trouwens ook aandacht kunnen worden besteed aan andere zaken, de bestuursdwang betreffende, zoals het aanwijzen van gemeenschappelijke opslagterreinen voor goederen die bij de bestuursdwang worden meegevoerd en het aanwijzen van gebouwen voor de tijdelijke huisvesting van personen die als gevolg van bestuursdwang geen onderdak hebben. Bovendien kan het probleem van een intensieve(re) controle van de naleving van voorschriften hierbij betrokken worden.¹⁶⁸ De uitkomsten van het in opdracht van het Instituut Contact Randgemeenten ingestelde onderzoek naar functies van gemeentelijke samenwerkingslichamen in het binnenlands bestuur,¹⁶⁹ rechtvaardigen alleszins een nadere bezinning op de mogelijkheden die deze wet op dit terrein biedt. Overigens zijn mijn voorstellen ook volgens het ontwerp van Wet houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenschappelijke regelingen¹⁷⁰ realiseerbaar.

Op één aspect zij hier nog de aandacht gevestigd. Het gaat om het verzegelen. Naar mijn mening zijn de gemeentebesturen, als zij bijvoorbeeld tot sluiting van gebouwen of terreinen willen overgaan, behoudens uitdrukkelijk wettelijk voorschrift *niet* bevoegd tot een met

rechtsgevolgen geregelde verzegeling van (gedeelten van) die gebouwen en terreinen of tot verzegeling van de zich daarin, daaraan of daarop bevindende voorwerpen. De bevoegdheid daartoe kan immers niet worden afgeleid uit het woord 'beletten' in de artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet, omdat dat woord, evenals bij andere vormen van bestuursdwang, ziet op een feitelijk handelen, gericht op de overtreding, en niet ziet op een handeling waardoor een nieuwe rechtssituatie ontstaat, waarvan de overtreding (de verbreking en dergelijke van het zegel) als afzonderlijk misdrijf strafbaar is gesteld.¹⁷¹ Daarom is het gewenst dat de bevoegdheid daartoe uitdrukkelijk in een wettelijk voorschrift wordt geregeld. Een sluiting of een andere vorm van het beletten van overtredingen, zoals het beletten om gebruik te maken van machines ten behoeve van verboden werkzaamheden, is soms immers niet goed mogelijk of weinig doeltreffend indien deze beslissing niet geëffectueerd kan worden door verzegeling van de desbetreffende gebouwen, terreinen of voorwerpen. De Werkgroep Herziening Gemeentewet stelt in artikel 128 van haar ontwerp terecht een bepaling voor, die luidt: 'Het orgaan dat bestuursdwang toepast, is bevoegd gebouwen, terreinen en hetgeen zich daarin of daarop bevindt, te doen verzegelen.' Dit 'is een middel, bij uitstek geschikt om herhaling van de overtreding te voorkomen', aldus de toelichting op dit artikel.¹⁷²

Ondanks deze voorgestelde maatregelen kunnen er zich echter situaties blijven voordoen waarbij de toepassing van bestuursdwang zo problematisch blijkt, dat de mogelijkheid daartoe in redelijkheid niet aanwezig moet worden geacht. Ervan uitgaande dat naleving (alsnog) van een wettelijke verplichting in een concrete situatie om redenen van het algemeen belang geboden is, zal daarom naar een instrument moeten worden gezocht dat dit mogelijk maakt. Een instrument dat hier misschien voor in aanmerking komt, is het instituut van een dwangsom. Ik zal aan dit instrument, omdat het voor problemen van diverse categorieën van belang kan zijn, niet hier, maar op blz. 188 e.v. uitgebreid aandacht besteden.

Ad 2 Problemen die hun oorzaak vinden in de omstandigheid, dat met repressieve bestuursdwang in sommige concrete situaties niet kan worden bereikt dat de toestand ten behoeve waarvan verplichtingen zijn gesteld, alsnog wordt verwezenlijkt

Indien 'herstel in de vorige toestand' onmogelijk is, bijvoorbeeld bij (tijdelijke) overtreding van een rookverbod of bij het slopen van een historisch monument, kan noch de overtreder, noch de overheid

de verplichting feitelijk meer (doen) naleven. Een optreden door middel van repressieve bestuursdwang, of welk ander middel dan ook, dat op de naleving alsnog ziet, is dan ondenkbaar. Wel zou onder omstandigheden in zo'n situatie met behulp van andere repressieve sancties, bijvoorbeeld intrekking van een vergunning of hantering van strafsancties, geageerd kunnen worden. In dergelijke gevallen kan soms, door in een zo vroeg mogelijk stadium de overtreding op te sporen en passende maatregelen te treffen, de 'schade' beperkt blijven, terwijl door een goede preventieve werking van andere sanctiemiddelen evenzeer problemen kunnen worden voorkomen.

De situaties waarin herstel totaal onmogelijk is, doen zich evenwel minder vaak voor, dan die waarin het feitelijke herstel langzaam of qua techniek moeizaam verloopt, zoals bijvoorbeeld bij herstel van clandestien verrichte ontginningswerkzaamheden¹⁷³ of bij herstel van clandestien verrichte ingrijpende verbouwingen.

Ad 3 Problemen die zich voordoen wanneer met een - in beginsel mogelijke - toepassing van bestuursdwang andere moeilijke vraagstukken ontstaan

De moeilijkheden die hier kunnen ontstaan, zijn dermate verschillend, dat zij nauwelijks in het algemeen besproken kunnen worden. Ze hebben echter gemeen dat ze - zij het vaak praktisch uiterst moeilijk - theoretisch oplosbaar zijn. De praktische moeilijkheid is voor het bestuur echter soms aanleiding om van de toepassing van bestuursdwang af te zien, ondanks het feit dat het alsnog naleven van de wettelijke verplichting gewenst is. Voor het ene gemeentebestuur zal dit eerder het geval zijn dan voor het andere, terwijl veel afhangt van de concrete situatie.

Naar mijn mening geldt ook hier weer het volgende. Indien voor een bepaald geval het alsnog naleven van een verplichting in het algemeen belang noodzakelijk is, maar bestuursdwang met zo'n enorme moeite gepaard gaat, dat gesteld kan worden dat deze als praktisch onmogelijk wordt ervaren en als zodanig in redelijkheid kan worden verworpen, dan moet er gezocht worden naar andere instrumenten. Hierbij kan wederom gedacht worden aan het instituut van een dwangsom.¹⁷⁴ Dit zou vooral uitkomst kunnen bieden voor de problemen, ondervonden bij sluiting¹⁷⁵ en opslag.¹⁷⁶ Overigens zal ook met een dwangsom niet elk probleem kunnen worden opgelost; sommige oplossingen zullen afhankelijk blijven van bijvoorbeeld de mogelijkheid tot overreding van de overtreder of de 'tact' en de 'vindingrijkheid'¹⁷⁷ (uiteraard binnen grenzen) van het bestuur.

Ad 4 Problemen bij het personeel dat bij de besluitvorming of bij de uitvoering van het besluit tot toepassing van bestuursdwang betrokken is

De problemen die hier spelen, zijn hoofdzakelijk ^{177a} een gevolg van het feit dat òfwel de bij de toepassing van bestuursdwang betrokken ambtenaren het belang van de bestuursrechtelijke voorschriften en de handhaving daarvan niet voldoende onderkennen, ¹⁷⁸ of in rolconflicten geraken, ¹⁷⁹ òfwel het bestuur onwelwillend staat tegenover de voorgestelde toepassing van bestuursdwang. ¹⁸⁰

Wat het eerste feit betreft: op blz. 158 is erop gewezen dat een regelmatig overleg met en een goede voorlichting aan het opsporend en controlerend personeel door of vanwege het bestuursorgaan over het belang van de voorschriften en de naleving ervan gewenst zijn, omdat dan meer begrip voor en betrokkenheid bij de realisering van de doelstelling van de voorschriften kunnen ontstaan. Het genoemde personeel is meestentijds ook betrokken bij de feitelijke toepassing van bestuursdwang. Het verdient derhalve ook om deze reden aanbeveling, een regelmatig overleg en een goede voorlichting na te streven.

Ten aanzien van rolconflicten adviseert Aalders, de taken strikt gescheiden te houden. ¹⁸¹ De regering vindt een scheiding in het algemeen niet gewenst. Zij acht het niet zinvol, een deskundig ambtenaar wel bijvoorbeeld bij de technische voorbereiding, maar niet bij het toezicht of de opsporing in te schakelen. Ook zou een strikte scheiding van toezichthoudende en opsporingstaken het rolconflict hoegenaamd niet verminderen. 'Er is immers niet veel verschil te zien tussen het uitoefenen van opsporingsbevoegdheid of het als toezichthouder "meenemen" van een opsporingsambtenaar.'¹⁸² De Centrale Raad voor de Milieuhygiëne pleit voor een taakverdeling van die ambtenaren, waardoor sommige ambtenaren de adviseursfunctie uitoefenen en anderen de opsporingsfunctie. In kleine organisatorische eenheden ware de afspraak te maken dat de ene ambtenaar adviseert t.a.v. een groep bedrijven en controleert bij een andere groep, terwijl zijn collega juist het omgekeerde doet. ^{182a} De oorzaken van het laatstgenoemde aspect zullen hieronder (ad 5) uitgebreid behandeld worden.

Op één punt wil ik op deze plaats nog de aandacht vestigen. Indien de gemeente niet over voldoende gekwalificeerd personeel of het nodige dure materieel ¹⁸³ beschikt, hetgeen met name in een kleine gemeente zal voorkomen, zal zij voor de feitelijke uitvoering van bestuursdwang soms derden moeten inschakelen. Dit is menigmaal erg

moelijk. Derden voelen er in vele situaties niet voor om bijvoorbeeld tot afbraak van clandestiene bouwwerken over te gaan, omdat zij daardoor bij de burgers hun goede naam kunnen kwijtraken. Deze moeilijkheid kan soms ondervangen worden door samenwerking tussen de gemeenten en misschien ook met de provincie. Deze samenwerking kan er in bestaan dat er regelingen worden getroffen over personeel en materiaal. De Wet Gemeenschappelijke Regelingen kan op dit punt uitkomst bieden. Daarom ware te inventariseren, welke gemeenten met deze problemen te kampen hebben en te bestuderen of door middel van een regeling tussen die gemeenten en nabuurgemeenten of de provincie voor deze situatie een oplossing mogelijk is.

Ad 5 Problemen bij de personen die omtrent het toepassen van bestuursdwang besluiten

De problemen van deze aard zijn vooral een gevolg van het feit dat het de bestuurders ontbreekt aan politieke moed, bestuurlijke durf, zekerheid over de rechtmatigheid van hun optreden¹⁸⁴ en dergelijke, en bestaan niet alleen bij de toepassing van bestuursdwang, maar spelen bij heel het besturen een rol. Voor zover zij echter hun oorzaak vinden in de specifieke problemen die bestuursdwang met zich meebrengt, dienen deze te worden verholpen. Om een situatie te kunnen bereiken waarin de noodzaak van de voorschriften en de handhaving daarvan door middel van bestuursdwang voldoende onderkend wordt, is een goede voorlichting door het dagelijks bestuur aan de pers, maar ook aan de Gemeenteraad gewenst. Deze voorlichting dient in het algemeen, maar ook in bijzondere gevallen gegeven te worden. Voor die situatie is eveneens vereist dat het bestuur duidelijk, consequent en uiteraard redelijk is in zijn handhavingsbeleid.¹⁸⁵

De hier bedoelde problemen zijn over het algemeen noch op te lossen door een wetswijziging, noch door een alternatief voor bestuursdwang.¹⁸⁶ De oplossing vereist veeleer een krachtig en verstandig bestuur, dat de verantwoording die aan hem is opgedragen om het algemeen belang te behartigen, daadwerkelijk durft te dragen, hoe moeilijk besturen in concreto ook kan zijn. Slaagt het gemeentebestuur in deze taakvervulling niet, dan vindt dit niet alleen zijn neerslag in onbegrip, ergernis en apathie bij de burgers, in rechtsongelijkheid, willekeur en politieke moeilijkheden op gedecentraliseerd niveau, maar vooral ook in de roep om centralisatie.

Ik heb overigens tijdens het onderzoek niet de indruk gekregen, dat het dagelijks bestuur de verantwoording op dit punt in het geheel niet durft te dragen, hoewel uitzonderingen kunnen voorkomen. Boven-

dien heb ik - anders dan Damsteegt suggereert, namelijk dat in kleinere gemeenten¹⁸⁷ de besluitvorming inzake bestuursdwang te wensen zou overlaten en er in veel gevallen sprake is geweest van rechtsongelijkheid en willekeur¹⁸⁸ - niet ervaren dat zulke (eventueel voorkomende) problemen zich alleen in kleinere gemeenten voordoen. Dit betekent overigens weer niet, dat deze problemen daar niet groter zijn, noch dat de bestudering van de vraag, of bij bepaalde soorten van overtredingen een verplichting tot bestuursdwang of een mogelijkheid voor een hoger gezag om daar bestuursdwang toe te passen, zinloos zou zijn. De bestudering daarvan dient echter plaats te vinden in het kader van de bijzondere wetten en van het bijzondere belang dat met die wetten gediend is.¹⁸⁹

Eén van de oorzaken waardoor de gemeentebestuurders er soms niet voor voelen om bestuursdwang toe te passen, kan ook zijn de geringe betrokkenheid bij sommige medebewindswetten. Het mag - wil althans de met de medebewindswet beoogde situatie bereikt worden - niet zo zijn, dat de gemeentebestuurders in medebewind allerlei maatregelen moeten treffen waarvan zij de noodzaak niet inzien. Misschien is dit wel één van de aspecten die met name op sommige deelterreinen van de ruimtelijke ordening tot 'onrecht' aanleiding geven. Het verdient daarom aanbeveling, indien de gemeentebesturen in medebewind een taak wordt opgelegd, deze besturen goed voor te lichten over de noodzaak van een en ander. Artikel 122 van het ontwerp van de Werkgroep Herziening Gemeentewet bepaalt, dat medewerking 'aan de uitvoering van wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen niet gevorderd (wordt) dan nadat (de) Minister die het aangaat, onderscheidenlijk het provinciaal bestuur, de gemeentebesturen . . . in de gelegenheid heeft gesteld een oordeel daarover kenbaar te maken'. De Werkgroep Complementair Bestuur heeft met een dergelijke bepaling haar instemming betuigd.¹⁹⁰ De hier bedoelde 'inspraakmogelijkheid' kan ook op dit punt een positief effect hebben. Een ander hier van belang zijnd probleem vormt de moeilijkheid voor de gemeente om bestuursdwang toe te passen, indien een beroepsgang de mogelijkheid daartoe 'ophoudt'. Hier wordt ermee volstaan, te verwijzen naar het op blz. 86 e.v. over deze materie gestelde. Ook de problemen die voor de overtreders ontstaan bij bestuursdwang, kunnen van invloed zijn voor het bestuur bij de besluitvorming omtrent bestuursdwang. Vooral bij 'te goeder trouw zijnde overtreders'¹⁹¹ en bij overtreders die door bestuursdwang grote verliezen zouden lijden door kapitaalvernietiging en dergelijke, is de afweging uiterst moeilijk. Deze moeilijkheid mag echter niet te snel tot

de slotsom leiden dat van bestuursdwang moet worden afgezien, met name omdat daardoor vaak nieuwe overtredingen worden uitgelokt en het doel dat met de voorschriften nagestreefd wordt, in gevaar komt. Beter is het, een goede voorlichting te geven¹⁹² of de kosten van bestuursdwang geheel of gedeeltelijk niet te verhalen.¹⁹³

Hoewel bestuursdwang een beleidsinstrument is en de hantering daarvan wel vaker in het middelpunt staat van politieke vraagstukken betreffende de wenselijkheid van de wetgeving op basis waarvan wordt opgetreden,¹⁹⁴ komt het mij in het algemeen minder juist voor, ten aanzien van overtreding van bepaalde verplichtingen te besluiten tot een permanent niet-optreden, en het niet-toepassen van bestuursdwang ten behoeve van die gevallen als een soort 'hardheidsclausule' van die wetgeving te laten functioneren. Indien en zolang de wet door de wetgever als gewenst wordt ervaren, dient zij gehandhaafd te worden, zo nodig en binnen zekere grenzen eventueel ook door bestuursdwang. Het specifieke probleem dat op blz. 155 is gesignaleerd, waarbij tegen het illegaal ritueel slachten door Marokkaanse mohammedanen niet werd opgetreden, dient dan ook bij voorkeur opgelost te worden door wijziging van de wet die het desbetreffende verbod bevat.¹⁹⁵

Het vorenstaande neemt uiteraard niet weg, dat bij gewijzigde rechtsopvattingen, een verouderde wetgeving en een redelijke mate van zekerheid dat de wetgever tot wetswijziging zal overgaan, bestuursdwang om rechtvaardigheidsredenen in die gevallen achterwege kan blijven. De vraag, in welke gevallen dat dient te gebeuren, is van politieke aard en staat hier niet ter beantwoording.

Ad 6 Problemen bij de personen die als mede-belanghebbenden bij de toepassing van bestuursdwang betrokken zijn

De op blz. 155 onder 9 bedoelde personen zijn mede-belanghebbenden, die met de overtreder in een bepaalde, van zijn rechten afgeleide contractsverhouding staan of die van hem anderszins rechten verkregen hebben. Te denken is aan kamerhuurders, bezitters van standplaatsen op een recreatieterrein, werknemers, 'niets vermoedende' kopers en dergelijke.

Het is juist te achten dat, wanneer een optreden door middel van bestuursdwang mede deze groep personen treft, een belangenafweging plaatsvindt, waarbij ook aandacht wordt geschonken aan deze bijzondere situatie. Bestuursdwang is immers een beleidsinstrument,¹⁹⁶ waarvan niet 'rücksichtslos' gebruik mag worden gemaakt. Een redelijke hantering van dat instrument kan soms meebrengen dat van gebruikmaking ervan in zijn geheel of van gebruikmaking ervan op

een bepaalde wijze wordt afgezien. Een en ander zal mede afhankelijk zijn van de ernst van de feitelijke situatie. De vraag rijst dan wel, op welke andere manier tegen een volstrekt onaanvaardbare situatie kan worden opgetreden. Eén van de mogelijkheden kan zijn dat - indien voorwaarden bepaalde voorzieningen eisen en deze niet zijn aangebracht - de overheid bedoelde voorzieningen door middel van bestuursdwang aanbrengt. Eerder is op de bevoegdheid daartoe nader ingegaan.¹⁹⁷ Indien bestuursdwang geheel en al onmogelijk is, ook na de voorgestelde verbeteringen in de regeling hiervan, en de niet-naleving van de voorschriften onaanvaardbaar is, dan dient de overheid over andere hiervoor geschikte sanctiemiddelen te kunnen beschikken. Met name ter oplossing van een groot aantal van de in dit onderdeel behandelde problemen zou het instituut van een dwangsom uitermate geschikt kunnen zijn.¹⁹⁸

Ad 7 Overige

a De vraag, hoe lang bij een sluiting en dergelijke geposteed mag worden,¹⁹⁹ is, doordat elke concrete situatie op haar eigen merites dient te worden gezien, niet in abstracto te beantwoorden. De vraag, wanneer 'redelijkerwijze kan worden aangenomen, dat de voorschriften niet meer zullen worden overtreden', behoeft een beleidsoordeel. Ik meen echter, dat het posteren om eerder genoemde praktische redenen in het algemeen slechts mogelijk is voor korte perioden. Voor die gevallen waarin gedurende langere tijd of ten behoeve van een zelfde overtreding regelmatig geposteed zou moeten worden, is een alternatief sanctiemiddel vereist. Zoals gezegd, kan dan gedacht worden aan het instituut van een dwangsom.²⁰⁰ Bovendien zou een effectieve wetbepaling betreffende het met rechtsgevolgen 'gesanctioneerde' verzege-
gelen van gebouwen en dergelijke hier wellicht een oplossing kunnen bieden.²⁰¹

b Indien met bestuursdwang een verkeerd resultaat²⁰² zou worden bereikt, dan dient dat instrument bij voorkeur niet, althans niet zonder dringende redenen, toegepast te worden. Bestuursdwang is immers een middel dat het bestuur ten dienste staat om een bepaald overheidsdoel te verwezenlijken. Wanneer bij een wetsovertreding de feitelijke situatie materieel in overeenstemming is met dat doel - bijvoorbeeld wanneer het gaat om het zonder vergunning exploiteren van een kamerverhuurbedrijf, waartegen uit een oogpunt van het overheidsdoel waarbij een goed huisvestingsbeleid voor kamerhuurders wordt nagestreefd, geen bezwaren bestaan -, dan dient toepassing van

bestuursdwang in de vorm van sluiting van de inrichting of een gedeelte daarvan zoveel mogelijk achterwege te blijven.²⁰³ Dit geldt te meer, indien de exploitant de gemeente 'vraagt' bestuursdwang toe te passen, waardoor hij het pand bij verkoop vrij en dus tegen een hogere prijs kan opleveren. Het enkele feit van een wetsovertreding mag daarvoor, gelet op het doel dat met het wettelijk voorschrift nagestreefd wordt en ten dienste waarvan het middel van bestuursdwang gegeven is, en mede vanwege de (overige) beginselen van behoorlijk bestuur, geen uitsluitend argument zijn.

In dit soort situaties kan soms door een wijziging in het wettelijk gekozen verbodssysteem aan de ondervonden problemen worden tegemoetgekomen. Immers, als daarin niet meer een vergunning wordt geëist, maar tot uitdrukking wordt gebracht dat het verboden is bijvoorbeeld een kamerverhuurbedrijf te exploiteren zonder met name genoemde voorzieningen te hebben aangebracht, dan kan de overheid bij het optreden tegen zo'n wetsovertreding kiezen tussen het sluiten van de inrichting en het aanbrengen van de vereiste voorzieningen. Deze keuze is mogelijk, omdat door zowel de ene als de andere maatregel de feitelijke situatie in overeenstemming wordt gebracht met de wet. Eerder heb ik aanbevolen, te bezien of het in de bijzondere wetten gehanteerde of voorgestelde systeem in de praktijk 'controleerbaar' is. Eveneens verdient het aanbeveling, dat systeem te bezien op de mogelijkheid van het bereiken van het met die wet gediende resultaat indien bestuursdwang zou moeten worden toegepast.

c De gevallen waarin met bestuursdwang het beoogde effect niet kan worden bereikt, betreffen meestentijds situaties waarbij bestuursdwang wordt toegepast in de vorm van sluiting van een inrichting. Door een sluiting wordt weliswaar een einde gemaakt aan het in werking zijn van de inrichting, maar wat zich daarin en daarbij bevindt (bijvoorbeeld ontplofingsgevaarlijke en giftige stoffen of ontsierende voorwerpen), blijft aanwezig. Dit is vaak onaanvaardbaar. Daarom dient, indien de desbetreffende bijzondere wet het verwijderen van de zich in en bij zo'n inrichting bevindende voorwerpen en dergelijke niet verplicht stelt, de redactie daarvan zodanig gewijzigd te worden dat niet alleen tot een sluiting kan worden overgegaan, maar ook kan worden opgetreden tegen de aanwezigheid van die voorwerpen.

Met betrekking tot de vraag, hoe te handelen wanneer 'herstel in de oude toestand' niet meer mogelijk is, verwijs ik naar blz. 162.

d Bij het toepassen van bestuursdwang kunnen voor het gemeente-bestuur allerlei problemen ontstaan. Voor zover het praktische en personele problemen betreft, zijn zij in het voorgaande reeds ter sprake gebracht. De financiële problemen worden om systematische redenen in hoofdstuk 10 behandeld. Hier resteren de meer algemeen bestuurlijke problemen, waaraan overigens deels ook al aandacht is geschonken, zoals de gevolgen van de sluiting van een inrichting voor de werkgelegenheid, de gevolgen van de sluiting van een vuilstortplaats - indien in de omgeving geen andere vuilstortplaats aanwezig is - voor het clandestien verspreid storten, en de gevolgen van het sluiten van een kamerverhuurbedrijf voor de gehuisveste personen. Ik wil er in dit verband nog eens de nadruk op leggen, dat het handhavingsbeleid door middel van bestuursdwang niet los te zien is van de rest van het bestuursbeleid en dat het daarom juist is, dat de besluitvorming omtrent bestuursdwang is opgedragen aan het bestuur.²⁰⁴

De geconstateerde problemen zijn niet voor alle gevallen op gelijke wijze op te lossen. Het bestuur zal, rekening houdende met alle relevante belangen, tot een redelijke beslissing moeten komen. De wetgever kan meestal geen prioriteiten bepalen met betrekking tot de diverse belangen die bij de besluitvorming omtrent sanctionering voor concrete gevallen betrokken zijn. Dit gebeurt door het bestuur; ten behoeve van een goede belangenafweging dient het dan ook over adequate sanctiemiddelen te beschikken en moet het zo weinig mogelijk 'gehinderd' worden door wettelijk voorgeschreven bestuursdwanghandelingen. Hierop dient bij het ontwerpen van bijzondere wetten te worden gelet. Een alternatief voor bestuursdwang voor die gevallen waarin de overheid het afdwingen van een verplichting, door middel van bestuursdwang, om beleidsmatige redenen bepaald ondoenlijk acht, is in dit verband eerder gewenst.²⁰⁵

e Het probleem bij het maken van een inventarisatielijst van de met bestuursdwang meegevoerde voorwerpen ontstaat vooral bij 'waardeloze' goederen, zoals puin, afval en versleten machines, die door de gemeente bijvoorbeeld met het grofvuil worden afgevoerd, maar later, volgens de overtreder, ineens van 'enorme waarde' blijken. Om te voorkomen dat de gemeente voor zo'n handelwijze (wegens onzorgvuldig handelen) met succes aansprakelijk wordt gesteld, lijkt het verstandig, niet te snel tot vernietiging van deze meegevoerde voorwerpen te besluiten, maar de overtreder zo spoedig mogelijk ervan in kennis te stellen dat, indien hij binnen een bepaalde korte termijn geen blijkt geeft geïnteresseerd te zijn in die voorwerpen en de kosten niet

betaalt, besloten wordt tot vernietiging van de 'waardeloze' voorwerpen. Bovendien zal het maken van foto's en dergelijke, met het oog op de toekomst, in zekere zin uitsluitel kunnen geven over de waarde van de vernietigde voorwerpen. In het ontwerp van de Werkgroep Herziening Gemeentewet is hieromtrent in artikel 126 bepaald dat, indien goederen zijn meegevoerd en opgeslagen, het bestuursorgaan daarvan proces-verbaal doet opmaken, waarvan afschrift wordt verstrekt aan de rechthebbende, en verder zorgdraagt voor de bewaring van de opgeslagen goederen. Voorts regelt artikel 133 in dit verband, dat verkoop, eigendomsoverdracht om niet of vernietiging niet mag plaatsvinden binnen twee weken na de verstrekking van het afschrift, bedoeld in artikel 126, eerste lid.

f De problemen met betrekking tot het beheer van de bij de bestuursdwang meegevoerde voorwerpen vloeien grotendeels voort uit de omstandigheid, dat de gemeenten niet precies weten welke plichten op hen rusten als zij voorwerpen meevoeren.

De eerste vraag die bij de gemeenten opkomt, indien bij de toepassing van bestuursdwang voorwerpen 'vrijkomen', is, of die voorwerpen ter plaatse achtergelaten kunnen worden of dat ze vervoerd moeten worden naar elders. Bij de beantwoording van deze vraag zijn de beginselen van behoorlijk bestuur van belang, met name het willekeurbeginsel. Een sluitend algemeen antwoord is moeilijk denkbaar. Daarvoor is de waardering van de concrete situatie van te veel verschillende factoren afhankelijk. Enkele relevante vragen zijn: gaat het om levende of dode voorwerpen, zijn de voorwerpen 'weersbestendig', zijn ze waardevol, zijn ze uit een oogpunt van bijvoorbeeld volksgezondheid gevaarlijk? Bovendien moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin de toepassing van bestuursdwang juist bestaat uit het wegnemen van voorwerpen²⁰⁶ en de situatie waarin voorwerpen vrijkomen als gevolg van de toepassing van bestuursdwang.²⁰⁷ In de eerste situatie is de beantwoording betrekkelijk eenvoudig: zij kan niet anders luiden dan dat de voorwerpen worden vervoerd. In de tweede situatie dient erkend te zijn dat de gemeente over het algemeen:

1 niet verplicht kan worden geacht voorwerpen weg te voeren; de 'bestemming' daarvan is immers primair een zaak van de overtreder;

2 (dus) niet aansprakelijk kan worden gesteld voor diefstal, brand, beschadiging en dergelijke van de 'achtergelaten' voorwerpen. Deze aansprakelijkheid rust eveneens primair op de overtreder.

Erkenning van het eerste punt betekent overigens niet, dat aan het ge-

meentebeleid in dezen geen grenzen zijn gesteld. Deze zijn, zoals gezegd, de beginselen van behoorlijk bestuur. Indien de gemeente bijvoorbeeld zonder redelijke belangenafweging zou besluiten de voorwerpen achter te laten, dan heeft dat eveneens gevolgen voor de aansprakelijkheid ten aanzien van de schade aan de achtergelaten voorwerpen.

Besluit de gemeente tot het vervoeren van voorwerpen, dan staat de vraag ter beantwoording: waarheen? In de meeste gevallen hebben de gemeenten de beschikking over eigen of gehuurde opslagruimten of terreinen, waar ook de bij bestuursdwang meegevoerde voorwerpen kunnen worden opgeslagen.²⁰⁸ Indien aan de gemeente geen al te zware verplichtingen ten aanzien van het beheer van de daar opgeslagen voorwerpen worden opgelegd, verdient het aanbeveling, dat iedere gemeente daarover de beschikking heeft. Immers, bij gebrek aan dergelijke ruimten en terreinen zullen de voorwerpen soms naar minder geschikte plaatsen vervoerd worden, hetgeen niet in het belang van de overtreder is, maar waarmee zeker ook het aanzien van het gemeentebestuur niet gediend is. Eerder wees ik erop, dat eventueel de Wet Gemeenschappelijke Regelingen kan worden benut om hiervoor een regeling te treffen. In een aantal gevallen²⁰⁹ zal het opslaan in 'eigen' gebouwen overigens niet goed mogelijk zijn. Een goede belangenafweging zal dan meebrengen dat de opslag op meer geschikte plaatsen gebeurt.

Hiervóór is gesteld, dat aan de gemeenten ten aanzien van het beheer van de naar eigen of gehuurde plaatsen vervoerde voorwerpen geen al te zware verplichtingen moeten worden opgelegd. Ik bedoel daarmee, dat van hen alleen een 'normale' zorgvuldigheid voor het opgeslagene moet worden verlangd.²¹⁰ Daaronder is te verstaan: het afsluiten van een verzekering tegen brand, diefstal etc., het normaal verzorgen van vee, het normale toezicht op terreinen en gebouwen, en soortgelijke handelingen, maar niet een zorgvuldigheid 'zoals een goed huisvader betaamt' (of iets dergelijks) voor het onderhoud van de meegevoerde voorwerpen. Indien van de gemeenten dit laatste geëist wordt, zou immers het risico ontstaan dat zij, uit vrees voor een aansprakelijkheid voor schade waarvoor zij uit praktisch oogpunt de verantwoording niet kunnen dragen, de voorwerpen op minder geschikte terreinen plaatsen.

Een en ander zou wettelijk geregeld moeten worden: voor de gemeente moet de onzekerheid ter zake worden opgeheven; aan de rechter, die over de feitelijke toepassing van bestuursdwang te oordelen krijgt, moeten betere aanknopingspunten geboden worden om dit as-

pect bij zijn uitspraak te betrekken.²¹¹ De Werkgroep Herziening Gemeentewet heeft hieromtrent in artikel 125, tweede lid, voorgesteld dat tot 'de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang behoort het meevoeren en opslaan van daarvoor vatbare goederen zover de toepassing van bestuursdwang dit vereist' en in artikel 126, tweede lid, dat het orgaan zorg draagt 'voor de bewaring van de opgeslagen goederen'. Hierover wil ik opmerken, moeite te hebben met een constructie waarbij de gemeente de in artikel 125, tweede lid, bedoelde handelingen slechts dan mag verrichten als de toepassing van bestuursdwang dit vereist. Naar mijn mening is het beter, in de tekst alleen over een bevoegdheid daartoe te spreken. Voorstelbaar is namelijk, dat de gemeente op redelijke gronden ook van die bevoegdheid gebruik wil maken, indien de toepassing van bestuursdwang daartoe niet per se noopt, maar zulks om andere redenen wenselijk is, bijvoorbeeld tijdens afwezigheid van de overtreder of als gevolg van weersgesteldheden. Of zulks op grond van de door de Werkgroep voorgestelde wettekst mogelijk is, lijkt mij betwistbaar. Bovendien heeft de rechter ook bij een bevoegdheid van het gemeentebestuur aanknopingspunten om te beoordelen of het bestuur in een concrete situatie rechtens juist handelde door goederen al dan niet mee te voeren; immers, ook het (niet-)uitoefenen van een bevoegdheid dient te voldoen aan beginselen van behoorlijk bestuur. Van Zanten zit op dezelfde lijn, als hij in dit verband stelt: 'Maar uit de praktijk is genoegzaam bekend, dat zich bij het realiseren van bestuursdwang allerlei onverwachte situaties en ontwikkelingen kunnen voordoen. Dan moet er slagvaardig kunnen worden gehandeld. Dat houdt in, dat het optredende bestuursorgaan een zekere armslag moet hebben. Tegen die achtergrond vraag ik mij af of de hierboven genoemde tweede beperking, namelijk dat de toepassing van bestuursdwang het meevoeren en de opslag moet(en) 'vereisen', geen aanleiding zal geven tot chicanes en processen en zo aan de slagvaardigheid afbreuk doet. Zou de beperking worden geschrapt, dan kan de overtreder te zijner tijd bij verzet tegen het dwangbevel terzake van de kosten van politiedwang de rechtmatigheid (zorgvuldigheid) van het optreden toch aanvechten en de vordering van kosten van opslag c.a. betwisten.'²¹²

Het lijkt mij - gezien het voorgaande - juister, te bepalen dat tot de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang behoort de bevoegdheid tot het meevoeren etc.

Tenslotte merk ik op dat artikel 126, tweede lid, zoals vermeld, bepaalt dat het orgaan zorg draagt voor de 'bewaring' van het opgeslagene. De term 'bewaring' roept associaties op met 'bewaarneming'

in de artikelen 1731 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. De toelichting op het wetsontwerp zegt daarover echter: 'In het tweede lid wordt het orgaan . . . belast met de zorg voor de bewaring van de opgeslagen goederen. In verband met de problemen die de bewaring in de praktijk wel blijkt te geven, wordt van de gemeente niet de betrekkelijk strenge, uit het Burgerlijk Wetboek bekende, zorgvuldigheid van een goed huisvader geëist.'²¹³

Met betrekking tot de kosten die uit deze met bestuursdwang verband houdende handelingen voortvloeien, verwijs ik naar hoofdstuk 10.

9 Alternatieven

9.1 Algemeen

In de voorgaande hoofdstukken zijn diverse problemen geconstateerd, die een goed functioneren van bestuursdwang belemmeren. Ik heb geprobeerd daarvoor oplossingen aan te dragen. Het uitgangspunt van de geanalyseerde mogelijkheden tot oplossing was de opvatting, dat de overheid, wil zij de doelstelling die haar voor ogen stond bij de vaststelling van bestuursrechtelijke verplichtingen, kunnen realiseren, over een adequaat middel moet kunnen beschikken dat haar voor het geval dat de burgers de verplichtingen niet naleven en daardoor het verwezenlijken van dit overheidsdoel frustreren, de mogelijkheid biedt om de realisering van dat doel alsnog veilig te stellen door rechtstreekse realisering van die verplichtingen. Het enige middel dat daarvoor geschikt is, is bestuursdwang.¹ Dit uitermate belangrijke instrument dient dan ook optimaal te functioneren. Indien dat niet het geval is, dient om deze reden allereerst naar verbetering van de bestuursdwangregeling te worden gezocht. Naar eventuele alternatieven ter oplossing van problemen met betrekking tot bestuursdwang ware pas dan te zoeken, indien vaststaat dat die problemen niet opgelost kunnen worden door een verbetering van de werking van het huidige sanctiesysteem van bestuursdwang.²

Ik heb suggesties gedaan die betrekking hebben op het opheffen van zowel juridische als feitelijke belemmeringen in het functioneren van het instrument bestuursdwang. Daarbij is enerzijds aandacht geschonken aan de mogelijkheden die daarvoor in de bijzondere bestuursrechtelijke wetgeving aanwezig zijn, anderzijds aan de regeling van de bestuursdwangbevoegdheid in de Gemeentewet. Bij het eerste heeft vooral ook de gedachte voorgezet, dat het bereiken van het met die wetgeving gediende doel mede afhankelijk is van de vraag, of dat doel ook bereikbaar is indien de burgers niet zelf handelen, maar de overheid dit door middel van bestuursdwang wenst te

doen. Er bestaat dan ook een grote wisselwerking tussen de redactie en het systeem van die wetgeving en de (on-)mogelijkheid om bestuursdwang toe te passen. Ten aanzien van de mogelijkheden die de (toekomstige) Gemeentewet biedt om belemmeringen op te heffen, wil ik hier nog het volgende opmerken.

Een regeling van de bestuursdwangbevoegdheid door gemeenten in een algemene wet verdient, om wille van de uniformiteit en overzichtelijkheid en ter voorkoming van moeilijkheden in verband met eventueel verschil in redactie, de voorkeur boven een regeling in diverse bijzondere wetten. In principe komen daarvoor twee wetten in aanmerking, te weten: de Gemeentewet of een aparte, voor alle bestuursorganen bedoelde (bestuursdwang)wet. Mijs inziens is een regeling in de Gemeentewet het beste, omdat zulks aansluit bij het huidige wettenstelsel en bij onze gedecentraliseerde bestuursorganisatie. Bovendien biedt regeling in de Gemeentewet het bijkomende praktische voordeel, dat een dergelijke regeling niet belast wordt met de specifieke problemen die bijvoorbeeld verbonden kunnen zijn aan een regeling van de bestuursdwangbevoegdheid voor het rijk. Voorts dient, wanneer een algemene regeling in de Gemeentewet wordt uitgewerkt, daarvan in de bijzondere wetten zo min mogelijk te worden afgeweken. Met opzet gebruik ik de woorden 'zo min mogelijk', omdat het denkbaar is, dat het met een bijzondere wet beoogde doel bepaaldelijk bevordert dat van de algemene regeling wordt afgeweken. Dit dient dan wel te worden gemotiveerd. Zo lijkt mij de regeling in het voorstel van de Wet tot wijziging van de Woonwagenwet waarbij, in afwijking van de 'normale' regeling, bepaald wordt dat Burgemeester en Wethouders alleen dan met bestuursdwang woonwagens uit de gemeente mogen verwijderen, als zij daartoe toestemming hebben verkregen van Gedeputeerde Staten - aanvaardbaar, althans voldoende gemotiveerd.

Wat enkele (andere) bijzondere wetten betreft, heb ik echter de indruk dat, wellicht als gevolg van coördinatieproblemen tussen de diverse departementen en mede afhankelijk van de daarover bestaande opvattingen in de betrokken ministeries die een wet voorbereiden, daarin verschillen in de bestuursdwangregeling (vergeleken met die in de organieke Gemeentewet) zijn te ontdekken, waarvan de noodzakelijkheid niet is aangetoond.³ Niet duidelijk is bijvoorbeeld, waarom de Hinderwet⁴ en de Wegenverkeerswet⁵ een afwijkend bestuursdwangstelsel kennen; waarom het wetsontwerp tot wijziging van de Woonwagenwet een afwijkend 'waarschuwingseisde'⁶ heeft en de huidige Woonwagenwet een afwijkende tekst ten aanzien

van de kwestie van het risico van het verwijderen;⁷ waarom in de Wet Buitengewone Bevoegdheden Burgerlijk Gezag een afwijkende aanmaningsplicht en kostenregeling zijn opgenomen;⁸ en waarom sommige milieuwetten wel en andere weer niet⁹ onder het sanctieregime van de Wet op de Economische Delicten vallen. Deze voorbeelden zijn overigens met diverse andere uit te breiden.

Als de tot nu toe aangedragen suggesties zullen worden uitgevoerd, zal een groot deel van de geconstateerde huidige problemen zijn opgelost. Enkele daarvan evenwel niet. Hierbij valt in dit verband met name te denken aan praktische problemen bij de toepassing van bestuursdwang als gevolg van gebrek aan mankracht¹⁰ of materieel¹¹ en omdat andere problemen ontstaan,¹² aan grote financiële problemen,¹³ aan grote onevenredigheid tussen de toepassing van bestuursdwang en de gepleegde overtreding, en aan uitzonderlijk moeilijke menselijke problemen.¹⁴

Voor de oplossing van deze problemen is een alternatief voor bestuursdwang gewenst. De alternatieven die daarvoor mogelijk zijn in aanmerking komen, zijn:

- 1 het afsluiten van gas, elektriciteit en water;
- 2 het opleggen van een waarborgsom;
- 3 het gebruikmaken van strafrechtelijke dwangmiddelen;
- 4 het verbod via kort geding;
- 5 het opleggen van een dwangsom.

Ik zal elk van deze alternatieven hierna behandelen.

9.2 Het afsluiten van gas, elektriciteit en water

In de recentere literatuur is als oplossing voor praktische problemen met betrekking tot sommige vormen van bestuursdwang, met name bij de effectuering van een sluiting en ter bevordering van een ontzuiming, verdedigd dat het afsluiten van gas, elektriciteit en water mogelijkheden zou bieden.¹⁵ Deze opvatting is door anderen bestreden.¹⁶ Ik ben het met de conclusie van de bestrijders ervan eens, maar kan de aangevoerde argumenten daartoe - vooral vanwege de algemeenheid ervan - niet alle delen. Bij de beantwoording van de vraag naar de geoorlooftheid van het afsluiten van genoemde voorzieningen kunnen de volgende factoren een rol spelen:

- a* De gemeente kan eigenares zijn van nutsbedrijven.
- b* De nutsbedrijven kunnen zich in andermans handen bevinden.

- c De gemeente kan eigenares zijn van het af te sluiten perceel.
- d Het afsluiten zou als een bijzondere vorm van bestuursdwang kunnen worden aangemerkt.

Ad a

In het merendeel van de gevallen is de gas-, water- en elektriciteitsvoorziening in handen van de gemeenten.¹⁷ De gemeentelijke overheid bezit dan dus een monopoliepositie. Bovendien kan gesteld worden dat gas, water en elektriciteit tot de primaire levensbehoeften behoren. De vraag rijst, of deze twee elementen ertoe leiden dat de gemeente een leveringsplicht heeft, of dat de Gemeenteraad in de verordening die de voorwaarden regelt waaronder het nutsbedrijf overeenkomsten met zijn afnemers mag afsluiten, mag bepalen dat kan worden afgesloten indien de afnemer zijn bestuursrechtelijke verplichtingen niet nakomt. De tendens in de huidige jurisprudentie lijkt te zijn de opvatting, dat een nutsbedrijf levering niet mag weigeren om redenen buiten de verhouding leverancier - afnemer, vanwege de monopoliepositie die zo'n bedrijf bezit.¹⁸ Een duidelijke uitspraak van de Hoge Raad is echter niet aan te wijzen. Wel heeft een lagere rechter uitgemaakt, dat afsluiting van energie bij bewoning zonder bewoningsvergunning onrechtmatig is wegens misbruik van macht.¹⁹ De literatuur neemt thans in het algemeen aan dat er, behalve als de relatie leverancier - afnemer daarbij een rol speelt, een leveringsplicht bestaat.²⁰ Mede gezien de tendens in de rechtspraak, hoewel de Hoge Raad zulks (nog) niet expliciet heeft uitgesproken, en mede gelet op de heersende mening in de literatuur, lijkt het mij verdedigbaar, te stellen dat de overheid in principe een leveringsplicht heeft. De overheid is monopolist van energie. Het mag de overheid niet mogelijk zijn, burgers in vele gevallen verstoken te doen zijn van primaire levensbehoeften. Dit zou misbruik van macht zijn. Voorts heeft zij, als een bestuursrechtelijk voorschrift niet wordt nageleefd, diverse sanctiemiddelen ter beschikking om daaraan een einde te maken. Het afsluiten van energie lijkt dan in beginsel buitenproportioneel. Bovendien handelt de overheid vanuit een monopoliepositie, die slechts ten behoeve van de belangen van de openbare nutsvoorziening in het leven is geroepen. Bij afsluiting zou haar 'détournement de pouvoir' verweten kunnen worden.

De lagere rechtspraak maakt, om nogal uiteenlopende redenen overigens, een uitzondering op een leveringsplicht als er krakers in het geding zijn. Zo heeft bijvoorbeeld het Hof van 's-Hertogenbosch op 27 april 1976 bepaald, dat de vordering van de krakers tot leve-

ring is gegrond op hun onrechtmatig verblijf in de woning, derhalve op een belang waaraan in rechte de gevraagde bescherming niet toekomt en dat de gemeente niet onrechtmatig handelt door haar medewerking aan voortzetting van dit onrechtmatig handelen te onthouden.²¹ Hetzelfde Hof oordeelde op 19 augustus 1980 over de vraag, of de gemeente energie mag leveren aan krakers als zij niet weet of de eigenaar van de gekraakte woning het daarmee eens is, dat de gemeente onrechtmatig, want in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, handelt door zonder naleving van haar aanwezige informatieplicht door te gaan met de levering van energie.²² De President van de Rechtbank te 's-Gravenhage bepaalde, dat de gemeente bij niet-levering van energie niet onrechtmatig handelt indien de eigenaar van de woning er klaarblijkelijk belang bij heeft dat de woning niet wordt aangesloten en deze zich tegen aansluiting uitdrukkelijk verzet. Van de gemeente kan niet worden gevergd, dat zij een daad verricht die onder de gegeven omstandigheden - kort gezegd: klaarblijkelijk belang en uitdrukkelijk verzet van de rechthebbende - als een onrechtmatige daad jegens de eigenaar van de woning zou zijn te kwalificeren.²³

De Hoge Raad heeft onlangs, te weten op 25 september 1981, een principiële uitspraak gedaan over de vraag of de gemeente, door aan de bewoners van een gekraakte woning energie te blijven leveren, onrechtmatig handelt als de eigenaar daartegen bezwaar heeft.²⁴ Hij oordeelde dat het 'enkele . . . gebruik dat de gemeente bij de voortzetting van de levering van energie aan (de krakers) tegen de haar kenbaar gemaakte wil van (de eigenaar) heeft gemaakt van de aan (de eigenaar) toebehorende leidingen, . . . (slechts) een onrechtmatige daad van de gemeente jegens (de eigenaar)' oplevert wegens inbreuk op het eigendomsrecht als 'de gemeente door de voortzetting van de . . . levering jegens (de eigenaar) onzorgvuldig handelde'. Met andere woorden: het feit dat een leverancier van energie tegen de wil van de eigenaar gebruik maakt van de leidingen van diens gekraakte pand, levert op zichzelf geen onrechtmatige daad op, maar eerst dan als zo'n gebruik tevens onzorgvuldig is jegens de eigenaar. Voorts meent de Hoge Raad dat 'de gemeente bij haar beslissing of zij de levering van energie zou voortzetten, zich niet uitsluitend behoefde te laten leiden door de vraag of de afnemers ten behoeve van wie zij tot levering verplicht was, onrechtmatig in het pand verbleven . . .' 'Zo mocht de gemeente - onder meer in verband met de . . . monopoliepositie die zij als leverancier van energie heeft - niet alleen niet ieder belang van de afnemers verwaarlozen, maar

had zij ook de belangen in acht te nemen van openbare orde en veiligheid . . .’

Overigens heeft de Hoge Raad over een geschil waarbij de gemeente, als eigenares van een woning, weigerde toestemming te geven tot aansluiting, als zijn oordeel gegeven dat aan de eigenaar van een woning niet het recht kan worden ontzegd om te verhinderen dat zijn woning ten behoeve van iemand die zich onrechtmatig daarin ophoudt, op gas etc. wordt aangesloten. Dit is niet anders, als de woning in eigendom aan een gemeente toebehoort; ook niet, wanneer de water- en gasvoorziening in de gemeente geschiedt door een gemeentebedrijf.²⁵

Ad b

Als de nutsbedrijven zich in andermans handen bevinden, dan heeft de gemeente formeel geen zeggenschap over afsluiting. Wel kan zij de desbetreffende directies daarom verzoeken. De vraag, of die directie door inwilliging van dat verzoek onrechtmatig handelt ten opzichte van de afnemer, wordt hier niet beantwoord, omdat dit het bestek van dit onderzoek ver zou overschrijden.

Ad c

Soms is de gemeente eigenares van een gebouw. Kan zij aan deze hoedanigheid het recht ontleneu om tot afsluiting over te gaan als de burger wel zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst, maar niet een bestuursrechtelijk voorschrift nakomt? De kantonrechter te Dordrecht²⁶ bijvoorbeeld heeft uitgemaakt, dat de verhuurder van een woning verplicht is ervoor te zorgen dat de huurder de woning kan bewonen, en dat een woning feitelijk onbewoonbaar is als deze niet meer op water is aangesloten. Naar mijn mening geldt, voor zover daartoe aansluitingen aanwezig zijn, voor gas en elektriciteit in principe hetzelfde. De gemeente zou dus wanprestatie plegen als zij in die gevallen tot afsluiting zou overgaan.

Ad d

Verdedigd is, dat het afsluiten van gas, water en elektriciteit een bijzondere vorm van bestuursdwang is.²⁷ Daarbij wordt dan gewezen op de bevoegdheid om met bestuursdwang in bezits- en eigendomsverhoudingen in te grijpen. Aangezien de overheid deze bevoegdheid heeft, zou zij ook ‘het recht op levering van gas, water en elektriciteit’ kunnen doorbreken.²⁸ Op deze opvatting is terecht kritiek geleverd.²⁹ Bij een dergelijke redenering wordt namelijk geen rekening gehouden met het feit dat bestuursdwang een middel is dat

rechtstreeks ingrijpt in de onrechtmatige situatie en alleen ten behoeve van het direct beëindigen daarvan mag worden aangewend. Er bestaat een directe relatie tussen de overtreden norm en het middel dat in het kader van bestuursdwang wordt gehanteerd. Dat bij gebruikmaking van dat middel soms ook in bezits- en eigendomsverhoudingen wordt ingegrepen, is slechts een bijkomend gevolg, maar mag - behalve wanneer de overtreding zou bestaan in een onrechtmatige bezits- of eigendomsverhouding - nooit het doel van bestuursdwang zijn. Met andere woorden: indien door middel van bestuursdwang een onrechtmatige situatie feitelijk wordt hersteld of verhinderd, dan mag dat slechts gebeuren door een handeling die rechtstreeks op het ongedaan maken of voorkomen van de overtreding is gericht. Indien bijvoorbeeld een woning zonder de vereiste vergunning wordt bewoond, dan mag door middel van bestuursdwang tot uitzetting van de bewoners worden overgegaan en kan eveneens rechtstreeks verhinderd worden, bijvoorbeeld door het posteren van agenten of het dichtmetstelen van deuren, dat de bewoning feitelijk weer aanvangt. Een handeling die alleen indirect bevordert dat de bewoning wordt gestaakt of niet weer aanvangt, is op grond van de bestuursdwangbevoegdheid daarentegen niet geoorloofd. Ook in andere situaties, bijvoorbeeld bij het optreden tegen verkoop vanuit een woning in strijd met de gebruiksvoorschriften van een bestemmingsplan, of tegen het zonder vergunning geplaatst hebben van een caravan, mag bestuursdwang enkel gericht zijn op een rechtstreeks feitelijk beëindigen of beletten van de verkoop, respectievelijk het geplaatst hebben van de caravan, maar die handeling mag niet slechts indirect bevorderen dat de verkoop, respectievelijk het geplaatst hebben van de caravan, beëindigd wordt en niet weer aanvangt. Gebeurt dat wel, bijvoorbeeld door het verwijderen van kassa's uit zo'n verkoopruimte zonder dat de aanwezigheid daarvan verboden is, of door het afsluiten van voorzieningen, dan is daarvoor een andere juridische basis nodig dan de grondslag waarop bestuursdwang steunt. Het middel van bestuursdwang is immers 'slechts' gegeven om de overtreding feitelijk en rechtstreeks te beëindigen of te beletten. De hierboven weergegeven andersluidende opvatting, in wezen inhoudende dat het overheidsoptreden door middel van bestuursdwang kan bestaan uit elke onder de gegeven omstandigheden redelijke handeling, die de nakoming van de wet bevordert, lijkt mij door haar ruimheid onhoudbaar en in strijd met het wezen van bestuursdwang, zoals hiervóór omschreven.³⁰

Het vorenstaande overziende, kan gesteld worden dat het afsluiten van gas, water en elektriciteit bij het niet-nakomen van bestuursrechtelijke voorschriften, in welke juridische positie de gemeente zich ook bevindt, naar huidige opvattingen niet acceptabel wordt geacht. Hoewel een sanctiemiddel om bij bepaalde overtredingen tot het afsluiten van energie te kunnen overgaan, een effectieve oplossing zou kunnen bieden voor sommige problemen bij bestuursdwang, lijkt het mij onjuist, dit middel als algemeen alternatief voor bestuursdwang in een wet in formele zin op te nemen. Vooreerst lijkt de mogelijkheid om burgers van primaire levensbehoeften verstoken te doen zijn, in beginsel buitenproportioneel met betrekking tot een overtreding van bestuursrechtelijke voorschriften.³¹ Daarenboven kan aan de overheid het verwijt van 'détournement de pouvoir' worden gemaakt. De overheid handelt immers vanuit een monopoliepositie, die slechts ten behoeve van de belangen van de openbare nutsvoorziening in het leven is geroepen. Een wetswijziging die in het algemeen de bevoegdheid tot het afsluiten van gas, elektriciteit of water ten behoeve van andere belangen dan die der openbare nutsvoorziening buiten twijfel zou stellen, verdient dan ook geen aanbeveling.

9.3 Het opleggen van een waarborgsom

De mogelijkheid om een waarborgsom op te leggen, zulks in verband met het vraagstuk van het kostenverhaal, zal op blz. 212 ter sprake worden gebracht. Hier wil ik de mogelijkheid om een waarborgsom op te leggen, bezien in verband met de vraag of zij een algemeen alternatief kan vormen voor die gevallen waarin de toepassing van bestuursdwang geen uitkomst biedt.

Het opleggen van een waarborgsom kan, wegens de preventieve werking die uitgaat van het dreigend verlies van een 'gereserveerde' som geld, ertoe bijdragen dat bestuursrechtelijke voorschriften worden nageleefd en dat overtredingen uitblijven of spoedig hersteld worden. Bij het vraagstuk van een waarborgsom kan een onderscheid worden gemaakt tussen: 1 de waarborgsom die het bestuur als 'voorwaarde' oplegt bij het verlenen van vergunningen, onthefingen en dergelijke; 2 de waarborgsom die een rechter zou kunnen opleggen bij wijze van maatregel³² of als bijzondere voorwaarde³³ bij de veroordeling wegens een strafbaar feit; 3 de waarborgsom die het bestuur op privaatrechtelijke basis vraagt.

Om met het laatste te beginnen: op basis van het privaatrechtelijke overeenkomstenrecht zou het bestuur bij bijvoorbeeld grondverkoop een waarborgsom kunnen vragen, die verbeurd verklaard wordt indien de wederpartij een bepaalde publiekrechtelijke verplichting niet nakomt. Ik zal hier niet ingaan op de geoorloofdheid van het 'vragen' of het 'verbeurd verklaren' van een waarborgsom,³⁴ maar constateer slechts dat een en ander geen algemeen alternatief voor bestuursdwang kan zijn, omdat deze mogelijkheid, indien al geoorloofd, slechts op die enkele gevallen van toepassing is waarin de wederpartij/aspirant-overtreder 'toevallig' op privaatrechtelijke medewerking van de overheid is aangewezen. Voorts lijkt mij, dat een oplossing voor problemen met bestuursrechtelijke dwangmiddelen om systematische redenen niet gezocht moet worden in het burgerlijk recht.³⁵

Over de beantwoording van de vraag naar de geoorloofdheid van een waarborgsom die de overheid als 'voorwaarde' bij de vergunningverlening etc. oplegt zonder een uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheid daartoe, bestaat in de literatuur verschil van mening.³⁶ De Kroon heeft in het verleden uitgesproken dat dergelijke voorwaarden, aan een ontgrondingsvergunning verbonden, geacht kunnen worden te strekken tot bescherming van die belangen welke door de ontgrondingsverordening worden vermeld en dus geldig zijn.³⁷ Intussen maken de Ontgrondingenwet (artikel 7) en de daarop berustende uitvoeringsregelen het mogelijk, dat aan een vergunning de voorwaarde wordt verbonden dat onder andere voor de betaling van de kosten van uitvoering en onderhoud van de bij de vergunning voorgeschreven werken en voor de nakoming van verdere uit de vergunning voortvloeiende verplichtingen, zekerheid wordt gesteld.

Naar mijn mening wordt de eis tot zekerheidsstelling vaak ingegeven door de vrees dat bepaalde voorschriften niet nageleefd zullen worden. De vraag is, of een om die reden opgelegde eis, bij gemis van een wettelijke basis, gesteld kan worden. Verdedigd wordt, dat dit in strijd zou zijn met de beginselen van willekeur en 'détournement de pouvoir'.³⁸ Hier kan echter tegen worden ingebracht, dat het bestuur in het algemeen geen vergunning en dergelijke dient te verlenen, indien op redelijke gronden verwacht mag worden dat de voorschriften niet zullen worden nageleefd, terwijl duidelijk is dat door middel van bestuursdwang de naleving daarvan niet mogelijk is, respectievelijk de kosten van bestuursdwang niet verhaalbaar zullen zijn.³⁹ Het verlenen van een vergunning zou dan het algemeen belang in ernstige mate kunnen schaden. Door het opleggen van een waarborgsom

zou aan deze kwestie kunnen worden tegemoet gekomen.

De Kroon heeft over deze materie bepaald, dat het niet toegestaan is een hinderwetvergunning te weigeren wegens vrees voor de niet-naleving van voorwaarden.⁴⁰ Waarschijnlijk echter houdt deze opvatting verband met het feit dat artikel 13, lid 1, van de Hinderwet zegt dat de vergunning slechts geweigerd kan worden, indien vaststaat of met reden is te vrezen dat, door de oprichting etc. van de inrichting daarbuiten gevaar, schade dan wel hinder van ernstige aard zal worden ondervonden en daaraan redelijkerwijze niet door het stellen van voorwaarden voldoende kan worden tegemoet gekomen. Weigering is dus alleen toegestaan als van de inrichting gevaar etc. wordt ondervonden of dreigt te worden ondervonden.

Bij de ontgrondingsvergunning accepteerde de Kroon, zoals gezegd, een voorwaarde omtrent een waarborgsom wél. Naar mijn mening hangt een en ander af van de eigen aard van de vergunning en het systeem van de wet waarop die beschikking steunt. Belangrijk is bijvoorbeeld of de vergunning een (strikt) gebonden of een vrije(re) beschikking is.

Hoe dit ook zij - en nog afgezien van de problemen die het opleggen van een waarborgsom voor de vergunningverkrijger met zich mee kan brengen door onttrekking van kapitaal aan de mogelijkheid om kapitaal economisch te investeren,⁴¹ en problemen voor de overheid, zoals: bij wie wél (en tot welk bedrag) en bij wie níet gebruik moet worden gemaakt van die bevoegdheid -, het opleggen van een waarborgsom kan geen algemeen alternatief voor bestuursdwang vormen, omdat een waarborgsom alleen dan zou kunnen worden opgelegd, indien de aspirant-overtreder een vergunning, ontheffing en dergelijke van de overheid behoeft en deze ook aanvraagt en verkrijgt. Bij bijvoorbeeld het zonder vergunning verrichten van handelingen of het in strijd met een wettelijke verbodsbepaling handelen zonder dat daarvan überhaupt ontheffing en dergelijke mogelijk is, zal een waarborgsom geen uitkomst kunnen bieden.

Met betrekking tot de waarborgsom die een rechter zou kunnen opleggen bij de veroordeling van een strafbaar feit, merk ik op dat een dergelijke maatregel of bijzondere voorwaarde - evenals de hierna te bespreken strafrechtelijke dwangmiddelen - typisch in de sfeer van het strafrecht ligt. De bezwaren die in paragraaf 9.4 zullen worden aangevoerd tegen toepassing van die dwangmiddelen, gelden ook hier. Dit neemt overigens niet weg, dat verwezenlijking van het wetsvoorstel waarbij de gewone strafrechter de bevoegdheid wordt gegeven om in geval van veroordeling, bij wijze van bijzondere voor-

waarde, te bepalen dat een waarborgsom moet worden gestort,⁴² ertoe kan bijdragen - door de preventieve werking die van zo'n voorwaarde uitgaat - dat een aantal problemen met betrekking tot bestuursdwang wordt voorkomen, met name de problemen bij herhalingsdelicten. De mogelijkheid om die voorwaarde op te leggen, is echter onder meer afhankelijk van de vraag, of zo'n bijzondere voorwaarde uit strafrechtelijk oogpunt gezien aanvaardbaar is, of de overtreder en het ten laste gelegde feit strafbaar zijn en of een goede coördinatie tussen het Openbaar Ministerie en het bestuur⁴³ tot stand komt. Als algemeen alternatief voor problemen bij de toepassing van bestuursdwang kan het instituut van de 'strafrechtelijke' waarborgsom dus niet dienen.

9.4 Het gebruiken van strafrechtelijke dwangmiddelen

In de literatuur is de mening te vinden, dat de overheid bij problemen met betrekking tot bestuursdwang te weinig gebruik maakt van dwangmiddelen zoals inbeslagneming,⁴⁴ verbeurdverklaring en onttrekking aan het verkeer.⁴⁵ Hier kan ook gedacht worden aan middelen zoals voorwaardelijke niet-vervolgung, voorwaardelijke veroordelingen en dergelijke. Deze middelen behoren echter typisch tot de sfeer van het strafrecht.⁴⁶ Reeds eerder⁴⁷ is uiteengezet, dat de straf naar haar aard principieel verschilt van bestuursdwang. Indien strafrechtelijke dwangmiddelen worden aangewend, enkel en alleen omdat de toepassing van bestuursdwang moeilijk of onmogelijk is, dan wordt de bevoegdheid daartoe gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij gegeven is. Voorts, nog afgezien van praktische problemen,⁴⁸ behoeft niet elke overtreding van een bestuursrechtelijk voorschrift strafbaar te zijn gesteld.⁴⁹ Een algemene oplossing kan het gebruikmaken van strafrechtelijke dwangmiddelen daarom ook niet bieden. Bovendien wordt in de opvatting, dat de overheid naast bestuursdwang deze andere dwangmiddelen heeft, te zeer voorbijgezien aan het feit dat de toepassing van bestuursdwang - op zeer verdedigbare gronden - bij een ander gezag berust dan de toepassing van strafrechtelijke dwangmiddelen. Een oplossing van de problemen met betrekking tot een bestuurlijk dwangmiddel zoals bestuursdwang dient daarenboven primair gezocht te worden in het bestuursrecht en niet in het strafrecht.

Het vorenstaande neemt overigens niet weg dat, indien toepassing van strafrechtelijke dwangmiddelen uit strafrechtelijk oogpunt be-

zien verantwoord is, gebruikmaking daarvan een aantal problemen met betrekking tot bestuursdwang kan oplossen. Het is - het zij hier herhaald⁵⁰ - daarom aan te bevelen dat op het punt van het toepassen van dwangmiddelen een goede coördinatie tussen het Openbaar Ministerie en het bestuur tot stand wordt gebracht. Het instituut van contact-ambtenaren zou daarbij een nuttige taak kunnen vervullen.⁵¹

9.5 Het verbod via kort geding

Zoals in paragraaf 1.1 al is opgemerkt, trachtten de gemeentebesturen in het verleden via de burgerlijke rechter en met name de President in kort geding op straffe van een dwangsom de burgers ertoe te bewegen publiekrechtelijke voorschriften na te leven. Het bestuur daagde dan de overtreder voor de rechter en vroeg een rechterlijk bevel om bepaalde publiekrechtelijk voorgeschreven handelingen of een rechterlijk verbod om publiekrechtelijk verboden handelingen te verrichten. De beweegreden van het bestuur was meestal gelegen in het feit dat men er niet van overtuigd was dat het toepassen van bestuursdwang rechtmatig zou worden geacht, of het toepassen van bestuursdwang stuitte op - meestentijds praktische - bezwaren.

De Hoge Raad heeft op 9 november 1973⁵² uitgemaakt, dat de mogelijkheid om via de weg van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek te ageren, in principe is afgesloten, omdat 'het algemeen belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de door dat overheidslichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften op zichzelf niet behoort tot de belangen welke artikel 1401 BW beoogt te beschermen'. Deze uitspraak wordt door sommigen als juist ervaren,⁵³ anderen betreuren haar,⁵⁴ of zien daarin mogelijkheden om op beperkte schaal alsnog een rechterlijk verbod of bevel te krijgen.⁵⁵ Wat daarvan ook zij - met zijn uitspraak heeft de Hoge Raad de constructie van het kort geding voor de overheid als algemeen⁵⁶ alternatief voor een problematische toepassing van bestuursdwang afgewezen.

De uitspraak van de Hoge Raad was voor de Minister van Justitie aanleiding om aan de Presidenten van de Rechtbanken de vraag voor te leggen, of zij het wenselijk zouden achten, dat een wettelijke regeling in het leven zou worden geroepen om te bereiken dat bij voorziening in kort geding overtreding van een gemeentelijke verordening door een burger op vordering van de betrokken gemeente zou

kunnen worden verboden. Op die vraag is in beginsel positief geadviseerd.⁵⁷

Door de invoering van de Wet AROB is de eerstgenoemde beweegreden⁵⁸ van het bestuur om een kort geding te voeren, thans grotendeels⁵⁹ overbodig geworden. De tweede beweegreden⁶⁰ is een gevolg van tekortkomingen in publiekrechtelijke sanctiemiddelen oftewel van problemen in het praktische vlak bij de toepassing van een bestuursrechtelijk dwangmiddel. Het komt mij voor, dat de oplossing van die problemen om systematische redenen gezocht moet worden in het bestuursrecht zelf en niet in het burgerlijk (proces)recht.⁶¹

Bedoeld idee van de Minister van Justitie vertoont overigens enige verwantschap met het instituut van 'injunction',⁶² zoals dat in Amerika en Engeland bestaat, en ook in boek 2, titel 6, afdeling 4, van het Burgerlijk Wetboek⁶³ te vinden is. 'Injunction' is - kort gezegd - een op verzoek van de administratie door de burgerlijke rechter opgelegd bevel, waarmee de rechter degene tot wie het bevel is gericht, gedetailleerd voorschrijft, waartoe hij wordt veroordeeld en op welke wijze hij aan deze veroordeling gevolg moet geven. De naleving wordt gewaarborgd door het strafbaar stellen van niet-nakoming.

Afgezien van de vraag, of het doelmatig is dat in een wet geregeld wordt dat het bestuur zich voor het opleggen van een verplichting tot de burgerlijke rechter moet wenden (op welke vraag ik op blz. 191 e.v. nog terugkom), lijkt mij, bestuurlijk gezien, een strafsanctie op niet-nakoming van deze op het bestuursrecht steunende verplichting minder efficiënt. Zo is de preventieve werking van het strafrecht niet optimaal, maar in dit verband is vooral belangrijk dat het bestuur voor het vervullen van zijn taak niet gediend is met de oplegging van een strafsanctie. Het bestuur wil immers dat de verplichting wordt nageleefd. Een uit bestuurlijk oogpunt beter middel is de dwangsom, waarop ik hieronder nader inga.⁶⁴ Hier wil ik slechts summier herhalen wat Van Angeren in dit verband als voordeel van een verbod of gebod met een dwangsom bóven een bevel met strafsanctie opsomt: *a* de dwangsom vormt een veel meer rechtstreekse concrete ondersteuning van het bevel dan de strafsanctie; *b* de dwangsom kan worden losgemaakt van de aangerichte schade; *c* de dwangsom kan zo worden opgelegd, dat bij herhaling van de niet-naleving steeds weer de dwangsom wordt verbeurd; en *d* de dwangsom is effectiever, omdat zij kan worden aangepast aan de grootte van de onderneming.⁶⁵

9.6 Het opleggen van een dwangsom

In de voorgaande vier paragrafen van dit hoofdstuk is geconstateerd, dat de daar genoemde mogelijkheden geen of geen efficiënt algemeen alternatief kunnen bieden voor de problemen die ten aanzien van bestuursdwang resteren. Het burgerlijk recht biedt dat alternatief niet, vooral niet omdat voor de oplossing van problemen in de sfeer van het publiekrecht om systematische redenen gezocht moet worden naar een publiekrechtelijk middel. Bovendien zouden de met het burgerlijk recht te bereiken oplossingen veelal te zeer een incidenteel karakter hebben. Het strafrecht komt als algemeen alternatief niet in aanmerking, met name in verband met het verschil naar aard tussen straf en bestuursdwang, de praktische problemen bij het strafrecht, het feit dat sommige overtredingen niet strafbaar zijn gesteld en het gegeven dat met de toepassing van strafrechtelijke dwangmiddelen een andere instantie is belast dan die welke de bestuurlijke handhavingsmiddelen hanteert. Uit deze constatering vloeit voort, dat een algemeen alternatief zijn basis dient te vinden in het bestuursrecht. Zoals gezegd, biedt het bestuurlijk middel van het opleggen van een waarborgsom bij een vergunning en dergelijke geen algemene oplossing, vooral vanwege het incidentele karakter ervan. De 'injunction' is, uit bestuurlijk oogpunt, onder andere niet efficiënt genoeg. Het afsluiten van energie is evenmin acceptabel.

Een ander dwangmiddel dat in de Nederlandse literatuur in dit verband wordt genoemd,⁶⁶ in sommige Nederlandse wetten is ingevoerd en ook bijvoorbeeld in de Bondsrepubliek Duitsland,⁶⁷ Frankrijk,⁶⁸ Liechtenstein⁶⁹ en Oostenrijk⁷⁰ wordt aangewend, is de dwangsom-procedure.

Vrij algemeen erkend wordt, dat de mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom, vooral door de financiële druk (al dan niet met psychisch gevolg) die zij op de burgers uitoefent, een adequate, effectieve en snelle oplossing zou kunnen bieden voor problemen die met betrekking tot de toepassing van bestuursdwang bestaan. De dwangsom is naar Nederlands recht overigens geen onbekende figuur. De Wet Administratieve Rechtspraak Bedrijfsorganisatie⁷¹ en de Wet op de Raad van State⁷² noemen haar als middel om het gevolg geven aan rechterlijke uitspraken kracht bij te zetten, terwijl ook volgens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering⁷³ een dwangsom mogelijk is, op te leggen aan de veroordeelde. Zeer onlangs is in een bijzondere bestuursrechtelijke wet de mogelijkheid voor het gemeentebestuur geschapen tot het opleggen van een dwangsom. Dit betreft

het na een desbetreffend amendement van Tripels cum suis ingevoerde artikel 28a van de Hinderwet, dat bepaalt dat, indien 'zulks met het oog op de betrokken overtreding naar het oordeel van het . . . gezag passender is dan de gehele of gedeeltelijke sluiting van de inrichting . . . dat gezag . . . (kan) bepalen dat door de houder van de vergunning . . . een bij zijn besluit vast te stellen dwangsom wordt verbeurd . . .'⁷⁴

Een dwangsom, zoals hiervóór genoemd, strekt ertoe, de burger of een overheidslichaam ertoe te bewegen zich te conformeren aan een wettelijke verplichting of rechterlijke uitspraak. Het opleggen van een dwangsom kan ook voor de naleving van bestuursrechtelijke verplichtingen door de burgers in het algemeen een geschikt instrument zijn. Reeds eerder is uiteengezet dat tegenwoordig de meeste overtreders van bestuursrechtelijke voorschriften erg 'portemonnaiebewust' zijn⁷⁵ en dat sommige overtredingen zelfs worden 'ingegeven' door financiële overwegingen.⁷⁶ Door het opleggen van een adequate dwangsom kan bij de eersten hun onwil om verplichtingen na te leven, worden gebroken, terwijl daarvan eveneens een zodanige werking kan uitgaan, dat overtredingen die verband houden met financiële overwegingen, beëindigd worden.

Ook in bijvoorbeeld Frankrijk, de Bondsrepubliek Duitsland, Liechtenstein en Oostenrijk kan men bestuursrechtelijke voorschriften door middel van een dwangsomprocedure afdwingen, met dien verstande dat het opleggen van een dwangsom in Frankrijk gebeurt door de strafrechter⁷⁷ en in de andere genoemde landen door het bestuur.⁷⁸ De laatstbedoelde landen onderscheiden zich onderling op dit punt hierin, dat in de Bondsrepubliek Duitsland en Oostenrijk de dwangsom, anders dan in Liechtenstein, slechts subsidiair kan worden opgelegd. Subsidiair in die zin, dat de dwangsom in de Bondsrepubliek Duitsland pas opgelegd kan worden bij 'unvertretbare Handlungen' en bij 'vertretbaren handlungen' als bestuursdwang 'un-tunlich' is,⁷⁹ en in Oostenrijk bij een handeling die 'wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit sich durch einen Dritten nicht bewerkstelligen lässt'.⁸⁰ De rechtssystemen van de Bondsrepubliek Duitsland, Liechtenstein en Oostenrijk sluiten op het terrein van de toepassing van bestuursdwang overigens in zoverre het dichtste bij het onze aan, dat men daar, evenals in Nederland, een algemene bestuursdwangbevoegdheid voor het bestuur erkent, zulks in tegenstelling tot Frankrijk.

Zonder hier op concrete voorbeelden in te gaan, kan dus het volgende gezegd worden. Met het opleggen van een dwangsom kan,

door de financiële druk die daarmee op de burger uitgeoefend wordt en die uitgaat van het feit dat in zijn vermogen zal worden ingegrepen, over het algemeen bereikt worden dat - met name ook door rechtspersonen gepleegde - overtredingen waartegen het toepassen van bestuursdwang in redelijkheid onmogelijk moet worden geacht dan wel als ondeugdelijk middel moet worden beschouwd, beëindigd worden en regelmatig terugkerende overtredingen achterwege blijven. Het is dan ook juist, in de wet te regelen dat voor concrete gevallen bepaald kan worden dat, als burgers na zekere tijd aan hun bestuursrechtelijke verplichtingen niet voldoen, door hen (per tijdslimiet, per overtreding of ineens) een vast te stellen geldsom zal zijn verbeurd. De hoogte van de geldsom dient wel wettelijk te worden gelimiteerd. Naar geldend Nederlands recht is ten aanzien van de hoogte van een dwangsom - behalve in artikel 28a, lid 3 van de Hinderwet, waar een maximum van f 10.000,— per dag is genoemd - geen beperking opgenomen. In de Bondsrepubliek Duitsland, Liechtenstein en Oostenrijk zijn respectievelijk de volgende maxima genoemd: 2.000 DM, 150 Fr. en 10.000 S. Bij de beslissing omtrent de hoogte van de voor een concreet geval vast te stellen dwangsom zal met name moeten worden gelet - enerzijds - op de mate van onwil, de financiële draagkracht en het belang van de desbetreffende persoon bij de niet-naleving van de verplichting en - anderzijds - op het bestuurlijke belang dat met de naleving van de verplichting is gediend, en eventueel op de schade die aan de gemeenschap ontstaat bij niet-naleving, en tenslotte op de 'pakkans'.⁸¹ Hiervóór is met opzet gesproken van een dwangsomregeling voor 'overtredingen waartegen het toepassen van bestuursdwang in redelijkheid onmogelijk moet worden geacht dan wel als ondeugdelijk middel moet worden beschouwd'. Deze zinsnede houdt verband met de volgende twee overwegingen:

1 Een alternatief voor bestuursdwang lijkt mij slechts aanvaardbaar voor die gevallen waarin bestuursdwang geen soelaas biedt. Met bestuursdwang kan immers rechtstreeks een gewenst overheidsdoel worden veilig gesteld. De toepassing van dit dwangmiddel verdient uit een oogpunt van openbaar bestuur - hetgeen betekent: het verwezenlijken en vervullen van door de staatsleiding gestelde doeleinden en taken⁸² - in het algemeen de voorkeur boven en middel dat het bereiken van een bepaald overheidsdoel slechts indirect kan bevorderen.

2 Door het opleggen van een dwangsom ontstaat voor de burger een

extra prestatieplicht, te weten: een publiekrechtelijke verplichting tot betaling (na overtreding) van een verbeurde geldsom. De reeds bestaande plicht tot nakoming van de wettelijke 'basisverplichting' vervalt echter niet. Daaraan blijft de burger gehouden te voldoen. Het subsidiariteitsbeginsel brengt met zich mee dat de dwangsom pas opgelegd kan worden, indien met bestuursdwang het beoogde doel niet kan worden bereikt.

Hiertegen kan worden ingebracht, dat het bestuur principieel niet tot taak heeft de tot de burgers gerichte verplichting zelf te effectueren, maar dat het veeleer de plicht van de burgers is de verplichting na te komen, zonder dat van het bestuur daarvoor nog bijzondere handelingen kunnen worden gevraagd, en dat op grond hiervan het opleggen van een dwangsom, evenals in Liechtenstein, als een volwaardig, of liever als een primair alternatief handhavingsmiddel - naast bijvoorbeeld bestuursdwang - mogelijk moet zijn. Immers, als het bestuur zich met bestuursdwang zou moeten bezighouden, ontstaat daardoor niet enkel financiële schade, die overigens meestal groten-deels op de burger verhaald kan worden, maar gaat er ook waardevolle energie voor belangrijkere zaken verloren.⁸³

Naar mijn mening echter dient uit bestuursrechtelijk en beleidsmatig oogpunt de toepassing van een dwangmiddel dat het gewenste overheidsdoel direct kan veilig stellen, in het algemeen te prevaleren boven een middel dat het bereiken daarvan slechts indirect kan bevorderen. Bovendien verzetten het subsidiariteitsbeginsel, zoals hiervoor onder 2 bedoeld, alsmede het argument van het gevaar dat arm-lastige gemeenten in dat middel dan wel eens een 'buitenkansje' kunnen gaan zien voor de verbetering van hun financiële positie, zich tegen die stellingname. Het verdient daarom aanbeveling, wettelijk te bepalen dat van de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom slechts gebruik mag worden gemaakt, indien het toepassen van bestuursdwang redelijkerwijs onmogelijk moet worden geacht dan wel als ondeugdelijk middel moet worden beschouwd. Om deze reden is het ook juist, deze regeling op te nemen bij de wettelijke bepaling die de bestuursdwangbevoegdheid regelt.

Thans moet de vraag beantwoord worden, welke instantie de dwangsom moet kunnen opleggen. Het lijkt mij dat de burgerlijke rechter daarvoor niet in aanmerking komt, met name omdat het om de handhaving van het publiekrecht gaat. Ook de strafrechter is daarvoor niet de aangewezen instantie. Een juridische noodzaak om in het algemeen het opleggen van een dwangsom aan de strafrechter op te

dragen en de regeling van de dwangsom in overeenstemming te brengen met 'strafrechtelijke beginselen', is er niet. Noch het Verdrag van Rome, noch de Grondwet of enige andere wet dwingt tot de opvatting, dat het opleggen van een dwangsom, die in de wet mogelijk wordt gemaakt om de naleving van bestuursrechtelijke voorschriften af te dwingen en die een duidelijk ander doel heeft dan een strafsancie, in het kader van het strafrecht dient te gebeuren.⁸⁴ Met de dwangsom zoals hier bedoeld, wordt niet, zoals met de strafsanctie, beoogd de dader te treffen;⁸⁵ de strekking van de dwangsom daarentegen is, door een financiële druk op de burgers het openbare belang veilig te stellen. Bestuursdwang doet dat op directe wijze, de dwangsom op indirecte wijze. Het gaat er bij het opleggen van de dwangsom niet om, de burgers in hun vermogen te treffen, hoewel dit bij verbeurte van een dwangsom daarvan wel het gevolg is, maar te bereiken dat de verplichting wordt nageleefd. Het in de wet openen van de mogelijkheid voor de strafrechter om met dat doel een dwangsom op te leggen, is ongewenst, omdat de doeleinden van het strafrecht dan vermengd zouden worden met die van het bestuursrecht. Ten aanzien van de inschakeling van de strafrechter kunnen overigens ook de bezwaren worden aangevoerd die op onder andere blz. 185 e.v. zijn genoemd. Bovendien zijn beide hier bedoelde rechters met bestuurlijke belangen minder vertrouwd dan de administratieve rechters en het bestuur.

Het vorenstaande betekent dus, dat een keuze moet worden gemaakt tussen de administratieve rechter en het bestuur. Momenteel geldt in Nederland een rechtsregime waarin omtrent de toepassing van bestuursdwang besloten wordt door het bestuur. Na hetgeen ik daarover op blz. 31 e.v. heb opgemerkt, zal ik mij hier niet meer bezighouden met de vraag of dit wenselijk is. Uitgaande van deze situatie kan worden vastgesteld, dat het bestuur bevoegd is tot en verantwoordelijk voor het gebruiken van het beleidsinstrument bestuursdwang. Het is ook primair het bestuur dat beoordeelt, rekening houdende met alle relevante belangen, of in het kader van zijn bestuurstaak bestuursdwang nodig is en bovendien wel mogelijk is. Hieruit vloeit voort dat het in eerste instantie tot zijn taak behoort, te beoordelen of bestuursdwang in een concreet geval redelijkerwijs onmogelijk moet worden geacht dan wel als ondeugdelijk middel moet worden beschouwd. Bovendien vloeit daaruit voort dat het bestuur, rekening houdende met alle belangen, het beste kan beoordelen of, en zo ja, tot welk bedrag, een dwangsom gewenst is.

In abstracto is overigens verdedigbaar, dat het bestuur zich dan tot

de administratieve rechter zou moeten wenden om een bevel of verbod met dwangsom te krijgen. Immers, deze rechter biedt het voordeel van een grotere distantie ten opzichte van de zaak, de waarborg voor rechtszekerheid en -gelijkheid en de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor.⁸⁶ Daar staat echter tegenover, dat deze rechter momenteel ook niet beslist over gebruikmaking van het middel van bestuursdwang. Een dwangmiddel dat strekt ter aanvulling van bestuursdwang, in handen te leggen van het bestuur, sluit daarom het beste aan bij ons geldende rechtsregime, dat immers in het algemeen (behoudens de strafvordering) het voor de uitvoering van een wet aangewezen gezag ook belast met het toezicht op de naleving. Bovendien gaat het hier om het opleggen van financiële verplichtingen, waarvan de burger de gevolgen achteraf desnoods geheel ongedaan kan maken. Voorts kan ik instemmen met De Haan die stelt dat het, gezien het grote vertrouwen dat de administratieve rechter bij de burgers geniet vanwege zijn rechtsbeschermingstaak tegenover de overheid, 'vermoedelijk aan de vervulling van deze taak niet ten goede (zou) komen, als hij tevens met de zo geheel anders geaarde handhaving van het bestuursrecht tegenover de burgers zou worden belast'.⁸⁷

Om deze redenen ware het dwangsommiddel in handen te stellen van het bestuur. Hieraan verbind ik echter direct de voorwaarde, dat de burger, om hem zoveel mogelijk in een min of meer vergelijkbare positie te brengen als wanneer vooraf een rechter zou moeten worden ingeschakeld, tegen hantering van dit middel een goede rechtsbescherming moet worden geboden. Deze voorwaarde wordt vervuld door de Wet AROB. Het besluit waarbij bepaald wordt dat, als na zekere tijd een verplichting niet wordt nagekomen, een geldsom zal zijn verbeurd, houdt een verandering in de wereld van het recht in. Het besluit is gericht op het doen ontstaan van een verplichting tot betaling van een geldsom, indien de overtreding voortgaat of - bij herhaalde overtredingen - de overtreding weer wordt begaan. Weliswaar kan de burger aan de betalingsplicht 'ontsnappen' door zijn basisverplichting na te komen, maar de verplichting tot betaling na verloop van tijd is met het besluit waarbij de dwangsom wordt opgelegd, gegeven en ook beoogd. Indien dat besluit schriftelijk naar buiten wordt gebracht, kan de belanghebbende deze beschikking bij de AROB-rechter aanvechten. In dit verband is uiteraard ook de procedure ex artikel 80 van de Wet op de Raad van State van belang. Bij zijn oordeel kan de AROB-rechter naast 'algemene' rechtmatigheidsvragen onder andere aan de volgende specifieke

ke aspecten aandacht schenken:

1 Kon het gemeentebestuur van oordeel zijn, dat de toepassing van bestuursdwang redelijkerwijs onmogelijk was of als ondeugdelijk middel moest worden beschouwd?

2 Heeft het bestuur rekening gehouden met een eventuele beperkte (burgerrechtelijke) beschikkingsbevoegdheid van de overtreder?⁸⁸

3 Heeft het bestuur bij het bepalen van de hoogte van de geldsom in aanvaardbare mate rekening gehouden met de financiële draagkracht van de verplichte, met de mate van zijn onwil en zijn belang, dat met de niet-naleving van de verplichting is gediend?⁸⁹

4 Kon het bestuur van oordeel zijn, dat de hoogte van de geldsom acceptabel is, gelet op het bestuurlijke belang dat met de naleving van de verplichting is gediend, de eventuele schade aan de gemeenschappen en de 'pakkans'?

Vervolgens moet de vraag worden gezien of de dwangsom, op te leggen door gemeentebesturen, moet worden gestort in 's rijks kas of in de gemeentekas.

Vooropgesteld zij, dat met het verbeuren van de geldsom het dwangsommiddel grotendeels zijn doel voorbijschiet, hoewel de burger juist ook onder de 'indruk' van dit machtsmiddel kan raken, als een geldsom reeds is verbeurd en het bestuur opnieuw een dwangsom vaststelt. Omdat het verbeuren van de dwangsom de consequentie is van het vaststellen ervan en om algemeen en speciaal preventieve redenen moet echter worden aangedrongen op betaling van de geldsom. Zij dankt een effectieve werking ten behoeve van de naleving van voorschriften immers goeddeels aan de mate van preventie die ervan uitgaat. Het is aanvaardbaar dat het geldbedrag - zoals dat momenteel ook in de Hinderwet is bepaald, althans als de gemeente de dwangsom vaststelt - ten gunste van de gemeentekas komt, omdat het gemeentebestuur het door de overtreding geschade belang behartigt. Indien de overtreder niet bereid is, ondanks de dwangsom, zijn verplichting na te komen en ervan uitgaande dat de toepassing van bestuursdwang onmogelijk is, dan 'zit' het gemeentebestuur met een geschaad belang. Door toekenning van het geldbedrag aan de gemeente is deze in staat het ondervonden nadeel geheel of gedeeltelijk te compenseren. Bovendien lijkt mij dat de gemeente in dit 'fonds' verhaal kan zoeken als zij bestuursdwang toepast, maar met de kosten blijft zitten, of als zij om respectabele redenen geen bestuursdwang toepast, maar in verband daarmee aan derden schadevergoeding zou moeten betalen. Bovendien past een dergelijke rege-

ling in ons huidige rechtssysteem, waarbij de dwangsom aan de 'wederpartij' casu quo de 'belanghebbende' toekomt. Het gevaar van het achterwege laten van bestuursdwang, zulks om een geldbedrag te verkrijgen en om dat bedrag aan te wenden voor een ander doel, is bij de voorgestelde dwangsomregeling minder groot, omdat het opleggen van een dwangsom pas geoorloofd is als bestuursdwang redelijkerwijze onmogelijk is of als ondeugdelijk middel moet worden beschouwd. Hierop kan, zoals gezegd, de AROB-rechter toezien.

Ik geef daarom de voorkeur aan een wettelijke regeling die bepaalt dat de dwangsom toekomt aan de gemeente. De wijze van het verhaal van de geldsom kan geregeld worden zoals dat ook geldt voor die van de kosten van bestuursdwang. Korthedshalve verwijs ik voor een en ander naar hoofdstuk 10.

Tenslotte dient te worden gezien of het middel van de dwangsom gecompleteerd moet worden met 'lijfswang'.⁹⁰ Lijfswang zou nodig kunnen zijn, indien de overtreder, ondanks de - eventueel bij herhaling - opgelegde dwangsom, niet bereid blijkt zijn basisverplichting na te komen. Het lijkt mij evenwel, dat degene wiens onwil niet gebroken wordt door verbeurte van een voor zijn financiële draagkracht fikse dwangsom - hetgeen waarschijnlijk alleen om ideële redenen het geval zal zijn -, ook niet spoedig zal zwichten voor lijfswang. Bovendien komt lijfswang in het kader van de naleving van bestuursrechtelijke voorschriften om proportionaliteitsredenen slechts in aanmerking indien het gaat om de naleving van een hoogstpersoonlijke verplichting, waarvan het naleven enkel van de wil van de overtreder afhangt en nakoming uitsluitend door hem mogelijk kan worden gemaakt. Dergelijke hoogstpersoonlijke verplichtingen zijn er echter in het bestuursrecht niet of nauwelijks. Praktisch gezien, zal het dan ook waarschijnlijk zo weinig voorkomen dat èn bestuursdwang volstrekt onmogelijk is èn de dwangsom niet succesvol blijkt te zijn, dat het mij vooralsnog overbodig lijkt voor die eventuele gevallen een mogelijkheid tot lijfswang wettelijk te openen. Ook voor situaties waarin de dwangsom op de overtreder wegens gebrek aan financiële middelen geen indruk maakt, biedt lijfswang zelden een oplossing. Overigens bestaan er nog andere sanctiemiddelen, zoals de straf, die in een dergelijke uitzonderlijke situatie uitkomst zouden kunnen bieden. Als ik het goed zie, wordt lijfswang in het burgerlijk recht, waar hoogstpersoonlijke verplichtingen zich wel vaker voordoen, eveneens slechts uiterst zelden toegepast. Er wordt zelfs sterk gepleit voor afschaffing van dat middel.⁹¹ De Werkgroep Herziening Gemeentewet heeft in artikel 135, eerste

lid, van haar ontwerp geregeld dat, indien 'toepassing van (bestuursdwang) redelijkerwijs onmogelijk moet worden geacht dan wel als ondeugdelijk middel moet worden beschouwd . . . het orgaan . . . bepalen (kan) dat, zo dikwijls bepaalde verplichtingen niet worden nagekomen, de overtreder een door het orgaan vastgestelde geldsom zal verbeuren. Deze geldsom bedraagt ten hoogste tienduizend gulden en komt toe aan de gemeente'. Het tweede lid bepaalt dat onder andere de artikelen 130 en 132 van overeenkomstige toepassing zijn, waardoor het besluit schriftelijk moet worden meegedeeld, de dwangsom bij dwangbevel kan worden ingevorderd en de overtreder bij de burgerlijke rechter in verzet kan gaan tegen het dwangbevel. In de toelichting op dit artikel merkt de Werkgroep op, dat de 'bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom is toegekend aan het orgaan, dat de bevoegdheid tot de toepassing van bestuursdwang heeft . . . Men zou ook kunnen kiezen voor het opleggen van een dwangsom door de rechter, hetgeen evenwel niet is gebeurd vanwege de zwaarwegende bestuurlijke aspecten van deze materie'.⁹² Het voorgestelde artikel lijkt mij in principe aanvaardbaar: er is gekozen voor een dwangsomprocedure die slechts subsidiair kan worden toegepast, het gemeentebestuur kan de - wettelijk beperkte - dwangsom opleggen, de AROB-rechter kan het besluit toetsen en de geldsom komt toe aan de gemeente. Afgezien van een enkele kleine onnauwkeurigheid,⁹³ vraag ik mij wel af, of het niet juist zou zijn de daarin gebezigde tekst aan te passen aan adequate, in andere wetten gehanteerde teksten die over de dwangsom handelen, zodat er op dit terrein wat meer uniformiteit ontstaat en tevens duidelijker wordt dat bij overtredingen, die gedurende langere tijd, maar ononderbroken voortduren, verscheidene dwangsommen mogelijk zijn.

In een rondzendbrief met betrekking tot het ontwerp tot herziening van de Gemeentewet de dato 24 maart 1981⁹⁴ aan de gemeentebesturen merkt de Minister van Binnenlandse Zaken op, dat het kabinet zich nog beraadt 'over de toevoeging van zekere beperkingen en waarborgen inzake de oplegging van een dwangsom . . . Het zal hierbij onder meer kunnen gaan om een bepaling inzake de totale hoogte van de dwangsommen bij herhaalde overtreding en om een bepaling naar het voorbeeld van artikel 611e van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering'. De eerstgenoemde beperking lijkt Van Zanten niet overbodig, indien in een concreet geval het tarief per keer op f 10.000,— wordt bepaald.⁹⁵ Naar mijn mening dient, als een beperking in totale hoogte gewenst wordt geacht, die hoogte dan van een zeer aanzienlijk niveau te zijn. De kracht van een dwangsom

zit soms in de mogelijkheid om haar herhaald te kunnen toepassen. Met name bij overtredingen (vooral door rechtspersonen) die uit financiële overwegingen plaatshebben, zou de wetenschap dat de dwangsom zo vaak kan worden herhaald tot de 'tegenstand' is gebroken, en dat de totale hoogte van de dwangsommen flink kan 'oplopen', voor de overtreder een extra stimulans vormen tot nakoming van de basisverplichting.

Tegen de tweede beperking, die erop neerkomt dat de dwangsom gedurende een faillissement niet kan worden verbeurd en dwangsommen die vóór de faillietverklaring verbeurd zijn, niet in het passief van het faillissement worden toegelaten, lijkt mij geen overwegend bezwaar te bestaan, hoewel ik aarzeling heb bij het laatste, omdat dat voor bepaalde overtreders wellicht mogelijkheden kan bieden om lang met overtredingen door te gaan, omdat de verbeurde dwangsommen toch niet in het faillissement kunnen worden ingebracht.

10 Het kostenverhaal

10.1 Kostenverhaal, bevoegdheid of plicht?

In subparagraaf 2.2.3 is geconcludeerd, dat het kostenverhaals-aspect niet moet worden beschouwd als een wezenlijk bestanddeel van de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang en dat zonder uitdrukkelijke wettelijke regeling van de kosten deze ten laste van de gemeente komen.

De redactie van de artikelen 210 en 152 van de Gemeentewet is intussen zo, dat in één adem wordt gesproken over het uitoefenen van bestuursdwang op kosten van de overtreders. Bedoelt deze wettekst daarmee tot uitdrukking te brengen dat, als er kosten gemaakt worden, deze ook altijd in rekening moeten worden gebracht aan de veroorzaker van de overtreding?

Ter beantwoording van deze vraag is het allereerst van belang, te bezien of bij de opneming van het toenmalige artikel 180 in de Gemeentewet - dat, voorzover hier van belang, luidde: 'de bevoegdheid tot het, *des noods* ten koste der overtreders . . .' - met de woorden 'des noods' een bevoegdheid tot kostenverhaal werd uitgedrukt. In dat geval zou door schrapping van die woorden uit deze bepaling, hetgeen in 1931 is gebeurd, mogelijkwerijs een verplichting zijn ontstaan.

De bedoeling van de uitdrukking 'des noods ten koste' blijkt uit de in subparagraaf 2.2.3 aangehaalde passage uit de Memorie van Beantwoording. Deze uitdrukking zag, volgens de regering, dus op de mogelijkheid dat soms geen kosten gemaakt zouden worden. Dat bedoelde woorden alleen betekenden 'als er kosten gemaakt zijn', was toentertijd ook de heersende mening in de literatuur. Van den Brandhof¹ vatte de algemene opvatting over de betekenis van de woorden 'des noods' in 1924 samen met de zinsnede: 'wanneer het maken van kosten noodig is'.

De woorden 'des noods' zijn, zoals gezegd, in 1931 uit deze bepaling

geschrapt. In artikel 152 van die wet en in vele andere wetsbepalingen inzake bestuursdwang zal men ze thans niet (meer) aantreffen. De kwestie of - als er kosten gemaakt zijn - deze kosten altijd verhaald moeten worden, staat dus buiten de discussie over de zin van de woorden 'des nood's'.²

Naar mijn mening gaat het er bij de woorden 'op kosten van de overtreders' alleen om, tot uitdrukking te brengen te wiens laste de kosten in principe komen. De wetgever heeft bij de keuze tussen twee mogelijkheden, namelijk: de kosten ten laste te laten van de gemeenschap of ten laste te brengen van de overtreder, gekozen voor het laatste; een keuze die verdedigbaar is en zeker niet ten overvloede gedaan is. Deze keuze heeft tot gevolg dat, indien en nadat op rechtmatige wijze bestuursdwang is toegepast, tussen de overheid en de overtreder een op het publieke recht steunende verbintenis ontstaat, waarbij de overtreder verplicht is tot betaling van de kosten aan de overheid,³ die daartoe een materieel recht verkrijgt. De vraag, wat er kan geschieden indien de overtreder deze verplichting niet nakomt, met andere woorden: hoe de overheid haar materiële recht op prestatie geldend kan maken, is een afgeleide vraag, die min of meer losstaat van de in de wet gemaakte keuze met betrekking tot de kwestie, wie in principe met de kosten belast wordt. Meer dan bedoelde keuze kan in de wet niet gelezen worden, met name niet, dat deze wettekst de toepassing van bestuursdwang afhankelijk maakt van de vraag of verhaal van kosten op de overtreders mogelijk is, en dus twee voorwaarden zou bevatten waaraan tegelijkertijd voldaan zou moeten zijn om bestuursdwang te kunnen uitoefenen, te weten: norm-overtreding en verhaal van kosten. Ware het anders, dan zou bestuursdwang onder andere bij onbekende of overleden overtreders om deze reden niet toegepast kunnen worden. De keuze door de wetgever is overigens niet zo principieel, dat daarmee tot uitdrukking is gebracht dat elke overtreder, of deze nu een schulduitsluitings- of rechtvaardigheidsgrond met betrekking tot het niet-nakomen van zijn verplichting heeft of niet, verplicht is tot betaling van de kosten. De wet gaat ervan uit dat de kosten die een gevolg zijn van de overtreding, gedragen moeten worden 'door hem, die deze overtreding op zijn geweten heeft'.⁴ Maar indien de overtreder nu eens een schulduitsluitings- of rechtvaardigheidsgrond heeft voor het niet-naleven van de voorschriften? In het Nederlandse positieve recht, althans in het geldende burgerlijk recht, wordt aansprakelijkheid voor veroorzaakte schade - ongeacht of deze voortvloeit uit wanprestatie of uit een onrechtmatige daad - over het algemeen niet

aanvaard, indien de schadeveroorzaker een beroep kan doen op een schulditsluitings- of rechtvaardigingsgrond ten aanzien van de wanprestatie respectievelijk onrechtmatige daad. Dit is slechts anders indien op hem een risico-aansprakelijkheid rust, die in de wet of overeenkomst uitdrukkelijk is geregeld, of omdat de in het verkeer geldende opvattingen dit met zich meebrengen. Deze aansprakelijkheidsregel geldt in het algemeen ook voor de directe schade als gevolg van een overtreding waarop (tevens) straf is gesteld.

Zou dit algemene principe niet gelden met betrekking tot schade als gevolg van overtreding van staats- en bestuursrechtelijke voorschriften? Zou men, met andere woorden, daar in principe wel aansprakelijkheid aannemen voor schade die een gevolg is van het niet-naleven van zo'n voorschrift, indien voor dat niet-naleven een schulditsluitings- of rechtvaardigingsgrond geldt?⁵

De tekst van de Gemeentewet dwingt niet tot de mening, dat het hier om een van de algemene regeling afwijkend principe gaat, omdat heel in het algemeen gesproken wordt van 'overtreders'. Dit woord maakt allerlei interpretaties mogelijk. Bovendien biedt de geschiedenis van de wettekst van het huidige artikel 210 aanknopingspunten voor de opvatting, dat in dat artikel de gebruikelijke regeling geldt dat schuld⁶ aan het niet-nakomen van de wettelijke verplichting vereist is om voor de kosten aangesproken te kunnen worden. In het Verslag der Commissie van Rapporteurs⁷ wordt namelijk op het volgende gewezen: als 'iemand inderdaad schuldig (wordt) bevonden aan eene overtreding, dan moet het altijd ten zijnen koste geschieden en niet facultatief gelaten worden'. Hieruit kan gelezen worden dat schuld aan een overtreding vereist is om de kosten ten laste te kunnen brengen van de overtreder. Deze principiële regel is overigens om redenen van billijkheid ook aanvaardbaar te achten in het staats- en bestuursrecht. Geconcludeerd kan dus worden dat, volgens geldend gemeenterecht, de overtreder die een schulditsluitings- of rechtvaardigingsgrond heeft ten aanzien van de niet-nakoming van zijn wettelijke verplichting, niet aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende kosten. Gelet op de gelijkenis van deze situatie met die in artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek, ware, om analogische redenen, in dit verband eveneens aan te nemen dat, bij aanwezigheid van bedoelde gronden, het risico van de kosten van bestuursdwang toch voor de overtreder is, als dit in de wet uitdrukkelijk is geregeld of indien de in het verkeer geldende opvattingen dit met zich meebrengen.⁸

Ik ga op deze opvatting onder andere op blz. 212 e.v. nader in als ik

enkele uitspraken van de AROB-rechter en de burgerlijke rechter ter zake bespreek. Hier vermeld ik nog slechts, dat het gewenst kan zijn nader te bezien of in sommige wetten, bijvoorbeeld 'milieuwetten', een van deze algemene regel afwijkend stelsel van risico-aansprakelijkheid dient te worden opgenomen. Bij de bestudering van zo'n stelsel zou onder andere aandacht moeten worden besteed aan de vraag, of produktieproces-aansprakelijkheid⁹ aanvaardbaar is en of aan het verzekeringsaspect bij zo'n aansprakelijkheid een belangrijke rol kan worden toegekend. Ik kan daar in dit onderzoek niet verder op ingaan.

Nu in de huidige wet eenmaal de keuze is gemaakt, dat de kosten van bestuursdwang ten laste van de overtreders komen, houdt dit dan in, dat de overheid ook altijd op nakoming van die wettelijke verplichting moet aandringen en tot kostenverhaal overgaan? Oppenheim¹⁰ vindt dat de kosten niet kunnen worden kwijtgescholden. Deze opvatting gaat Oud¹¹ te ver: 'Er is een bevoegdheid tot politiedwang, geen plicht. Dit sluit in, dat het gemeentebestuur als het dit uit beleidsoverwegingen gewenst acht het kostenverhaal achterwege kan laten.' Ik deel de conclusie van Oud, maar kan de daaraan ten grondslag liggende redenering niet tot de mijne maken. Het feit dat bestuursdwang een bevoegdheid is, impliceert toch niet dat ook het kostenverhaal een bevoegdheid is. De vraag, wat er kan gebeuren ten behoeve van het geldend maken van het materiële recht op betaling van de kosten, staat in principe immers los van de vraag, of bestuursdwang een bevoegdheid of een plicht is.

Hiervóór heb ik betoogd, dat de woorden 'op kosten van de overtreders' niet meer inhouden dan een keuze tussen twee 'potentiële kostendragers'. Ik kan niet inzien dat deze keuze, die de juridische grondslag voor de verplichting van de overtreder en het daaruit voortvloeiende materiële recht van de overheid vormt, met zich meebrengt dat het recht nu ook onder alle omstandigheden geldend moet worden gemaakt. De besluitvorming omtrent dat geldend maken, het kostenverhaal, is een andere dan die omtrent bestuursdwang. Van Zanten¹² heeft terecht gesteld, dat na toepassing van bestuursdwang de kosten daarvan 'automatisch' in de boeken van de overheid als een vordering verschijnen. Voor het (afzien van) verhaal van deze vordering is een beslissing nodig in de sfeer van de verantwoording van en het toezicht op de inkomsten en dergelijke van de overheid. Beide besluitvormingsprocessen kunnen dus van elkaar onderscheiden worden. Dit betekent overigens niet, dat bij de beoordeling of bestuursdwang zal worden toegepast, geen rekening mag worden ge-

houden met het kostenaspect en het kostenverhaalsaspect. Is bestuursdwang bijvoorbeeld alleen met grote kosten mogelijk en is het duidelijk dat die kosten niet verhaalbaar zijn en is eveneens het daadwerkelijk optreden in redelijkheid niet per se nodig om veiligheids- of andere redenen, dan lijkt het mij geoorloofd dat, om beleidsmatige redenen, van de toepassing van bestuursdwang wordt afgezien. Het kostenverhaalsaspect is één van de vele omstandigheden waarmee bij de afweging of tot bestuursdwang zal worden overgegaan, rekening moet worden gehouden.

Het onderscheid betekent intussen wel, dat zowel tot bestuursdwang kan worden besloten, ondanks het feit dat bijvoorbeeld geen overtreder bekend is, alsook dat van kostenverhaal kan worden afgezien als er wel een overtreder is, maar er reden is van bijvoorbeeld financieel-technische aard om daartoe te besluiten, of omdat het ongeschreven recht dit met zich meebrengt. Ware deze opvatting onjuist, dan bestaat voorts het gevaar, dat eerder van de uitoefening van bestuursdwang wordt afgezien dan wanneer niet in alle gevallen tot kostenverhaal moet worden besloten. Wordt dan niet - om met Van den Brandhof te spreken - 'terwille van het materiele gevolg . . . het ethische principe verloochend'?¹³

Het Verslag van de Commissie van Rapporteurs, dat de conclusie steunde dat de kosten niet ten laste komen van een schuldloze overtreder, verzet zich, indien de tekst letterlijk wordt genomen, tegen de opvatting dat van kostenverhaal kan worden afgezien. Ik vraag mij echter af, of die Commissie zich niet meer met de principiële keuze omtrent de kostendrager heeft beziggehouden dan met de toepassing van het verhaal in elke concrete situatie.

Een andere vraag in dit verband is of de wetgever, nu hij de keuze gemaakt heeft dat de kosten van bestuursdwang in principe ten laste van de overtreder komen, wel voldoende oog heeft gehad voor de problemen met betrekking tot het kostenverhaal. Ik zal daarop nader ingaan in paragraaf 10.4.

10.2 De procedure van invordering van de kosten

In de Gemeentewet is geregeld¹⁴ dat de ingevolge artikel 152 verschuldigde kosten kunnen worden ingevorderd bij dwangbevel, waartoe het op kosten van de schuldenaar bij deurwaardersexploit wordt betekend en ten uitvoer gelegd op de wijze, bij het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten aanzien van vonnissen en authentieke

akten voorgeschreven. Tegen het dwangbevel staat binnen dertig dagen na de dagtekening (lees: betekening¹⁵) verzet open door dagvaarding van de gemeente. In de praktijk wordt - nadat bestuursdwang heeft plaatsgehad - de procedure van kostenverhaal meestal¹⁶ aangevangen met het schriftelijk aanbieden van de nota van kosten. Over het algemeen is dit voldoende om de kosten betaald te krijgen. Bij niet-betaling daarvan zien de gemeenten vaak van verdere invorderingspogingen af, omdat de ervaring leert dat degene die niet vrijwillig betaalt, meestal toch geen verhaalsmogelijkheden biedt. Ook komt het voor dat sommige kosten van invordering, zoals secretariekosten,¹⁷ die ten laste van de gemeente blijven, hoger zijn dan de te verhalen kosten van bestuursdwang. Dit speelt onder andere bij bestuursdwang tegen 'kleine' overtredingen, zoals het clandestien plaatsen van een reclamebord, dat door ambtenaren van bouw- en woningtoezicht eenvoudig kan worden weggehaald.

Het is juist te achten, dat de kosten van bestuursdwang op de overtreder kunnen worden verhaald, enerzijds omdat die kosten een gevolg zijn van een onrechtmatige handeling van de overtreder, anderzijds omdat degene die 'vrijwillig' zijn verplichting nakomt, eveneens de kosten - zij het dat die soms misschien iets lager zijn - daarvan moet dragen.¹⁸ Uit een oogpunt van rechtmatigheid ten opzichte van de gemeenschap en rechtsgelijkheid van de burgers verdient het daarom aanbeveling, de bevoegdheid tot kostenverhaal op de overtreder in de wet te handhaven. Ten aanzien van de wijze van kostenverhaal verdient het huidige systeem, waarbij de kosten bij dwangbevel kunnen worden ingevorderd etc.,¹⁹ de voorkeur boven een omslachtige wijze van invordering bij de burgerlijke rechter. Aangezien aan de huidige regeling een aantal problemen kleeft, zou ik binnen dit systeem wel enkele verbeteringen willen voorstellen.²⁰ Alvorens op die problemen in te gaan, zal ik eerst enkele opmerkingen maken over de vraag, welke kosten momenteel invorderbaar zijn.

10.3 Welke kosten kunnen worden ingevorderd?

In een moderne samenleving als de onze is het noodzakelijk, dat de overheid op diverse terreinen besturend en wetgevend optreedt. Dit optreden gebeurt in het algemeen belang. Eveneens van belang is, dat de in dat kader opgelegde verplichtingen door de burgers worden nageleefd. Ten behoeve van een behoorlijke naleving is een controle- en toezichtapparaat vereist. De normale werkzaamheid van dat appa-

raat heeft betrekking zowel op handelingen overeenkomstig de verplichtingen als op overtredingen.

Het is redelijk, dat de kosten van zo'n apparaat gedragen worden door de (hele) gemeenschap. De kosten die gerekend kunnen worden te behoren tot de 'normale' controle en het 'normale' toezicht, dienen in geval van niet-naleving van verplichtingen dan ook niet ten laste te komen van een overtreder, maar voor rekening te blijven van de gemeenschap.²¹ Worden door de overheid handelingen verricht (zoals bestuursdwang) die de 'normale' controle of het 'normale' toezicht te boven gaan, dan zouden alleen de daaraan verbonden en in redelijkheid gemaakte kosten op de veroorzaker daarvan verhaalbaar moeten zijn.²² In de praktijk worden, alvorens bestuursdwang wordt of kan worden toegepast, over het algemeen diverse 'voorbereidingshandelingen' verricht, zoals de controle op de naleving van de voorschriften, de opsporing van de overtreding, het mondeling overleg over een en ander en diverse correspondentie.²³ Meestal hebben deze handelingen gezamenlijk in zoverre succes, dat de overtreder alsnog zelf zijn verplichting nakomt.

De kosten van die handelingen zijn naar geldend Nederlands recht niet verhaalbaar, omdat de wet spreekt van het op kosten der overtreiders 'toepassen' van bestuursdwang en het in de gegeven situatie tot een daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang (nog) niet gekomen is. Zijn deze handelingen niet voldoende gebleken en moet tot daadwerkelijke bestuursdwangtoepassing worden overgegaan, dan zijn de daaraan verbonden kosten verhaalbaar, maar de voordien gemaakte kosten behoren daar niet toe. Dit zou inconsequent bestuur zijn en in strijd met het gelijkheidsbeginsel zijn. Ik kan mij niet geheel aan de indruk onttrekken, dat sommige gemeentebesturen dit onderscheid onvoldoende voor ogen staat. Ik wil hiermee overigens niet bij voorbaat uitsluiten, dat er aanleiding kan bestaan om bij een wettelijke regeling te bepalen dat kosten (gedeeltelijk) kunnen worden verhaald, in een situatie waarin op het nippertje daadwerkelijke bestuursdwangtoepassing niet plaatsgehad heeft. Daarop ga ik hieronder nader in. Hier gaat het mij erom, duidelijk te stellen dat kostenverhaal pas toelaatbaar is indien het kosten betreft die buiten de 'normale' controle en buiten het 'normale' toezicht vallen. Vertaald naar de bestuursdwangkosten betekent dit, dat slechts die kosten in rekening kunnen worden gebracht welke ontstaan nadat besloten is dat bestuursdwang zal worden toegepast, uiteraard een en ander voor zover bestuursdwang ook inderdaad wordt toegepast en rechtmatig is en de kosten binnen zekere grenzen blijven.

Het lijkt mij overigens juist, de aan de officiële waarschuwing verbonden kosten (secretariëlekosten en dergelijke) - om wille van de rechtsgelijkheid met degene voor wie zij aanleiding vormt om alsnog zelf zijn verplichting na te komen - buiten 'de' kosten van bestuursdwang te houden.

Hiervóór vermeldde ik, dat slechts die kosten verhaald kunnen worden die voortvloeien uit een rechtmatige toepassing van bestuursdwang en voor zover die binnen zekere grenzen blijven. De overtreder kan, zoals gezegd, tegen het dwangbevel verzet aantekenen. Voor de gemeente brengt een en ander bepaalde financiële risico's met zich mee,²⁴ bijvoorbeeld in het geval dat de burgerlijke rechter de toepassing van bestuursdwang achteraf onrechtmatig acht. Sinds de invoering van de Wet AROB is dit probleem goeddeels opgelost, doordat de AROB-rechter in de meeste gevallen het bestuursdwangvoornemen vooraf kan toetsen op de rechtmatigheid ervan.²⁵ De burgerlijke rechter zal zich in de verzetsprocedure immers conformeren aan het standpunt in dezen van de AROB-rechter. Voor zover een controle vooraf door de AROB-rechter momenteel niet mogelijk is,²⁶ dient voor de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang, voor de hoogte van de in rekening gebrachte kosten etc. een beoordeling achteraf mogelijk te blijven, omdat het naar huidige opvattingen als juist wordt ervaren dat de burger een rechtsgang heeft tegen gepretendeerd onrechtmatig bestuur. Aangezien het recht van bestuursdwang een beleidsmatige bevoegdheid van het gemeentebestuur is en dus primair ter verantwoordelijkheid van dat bestuur komt, dient het die verantwoording ook te dragen en voor zichzelf de rechtmatigheid van zijn dwingend optreden te beoordelen. De burgerlijke rechter kan in bedoelde gevallen vervolgens de uitkomst van die afweging marginaal toetsen. Behoudens wellicht een enkele uitzondering kan niet gesteld worden, dat die rechter tot uitspraken is gekomen die voor de gemeenten tot bestuurlijk onaanvaardbare consequenties hebben geleid. Zijn handelwijze kan daarom ook geen aanleiding vormen om de bevoegdheid tot toetsing uit te sluiten, of om aan het bestuur bij de feitelijke toepassing van bestuursdwang een minder zware zorgvuldigheidsplicht bij de wet op te leggen dan de rechtspraak thans geneigd is te doen.²⁷ De mogelijkheid tot verzet tegen het dwangbevel blijft, ook als in de toekomst misschien de AROB-rechter in alle gevallen de bevoegdheid tot bestuursdwang beoordeelt,²⁸ gewenst in verband met een mogelijke onzorgvuldige uitvoering daarvan, ter controle van de in rekening gebrachte kosten, etc. Ik heb mij wel afgevraagd of de verzetsprocedure dan voor de

burgerlijke rechter dient plaats te vinden. Uit een oogpunt van rechtsbescherming van de burger biedt de AROB-rechter voordelen boven de burgerlijke rechter.²⁹ Zolang echter het onderscheid: rechtshandeling - feitelijke handeling in de Wet AROB blijft bestaan, is het uit systematisch oogpunt juist te achten, dat de burgerlijke rechter daarvoor wordt aangewezen, omdat het hier veelal de feitelijke toepassing van bestuursdwang betreft, alsmede de uit die toepassing voortvloeiende kosten. Bovendien biedt deze rechter het bijkomende praktische voordeel van een grondige kennis en jarenlange ervaring in de beoordeling van deze en soortgelijke (financiële) geschillen.³⁰ Om wille van de rechtszekerheid en de duidelijkheid voor de burger is dan een goede taakafbakening tussen de competentie inzake het kostenverhaalsaspect van beide rechtsprekende instanties gewenst.

De Gemeentewet spreekt van 'het op kosten der overtreders doen wegnemen, beletten, verrichten of in de vorige toestand herstellen van . . .' Vallen onder deze kosten ook de kosten van opslag, de huur van opslagruimte, de beheers- en administratiekosten, de kosten van toezicht door personeel van de gemeente op de uitvoering van bestuursdwang, de kosten van extra secretariëwerk (man-uren en materiaal), invorderingskosten, andere dan tenuitvoerleggingskosten van het dwangbevel die de deurwaarder de gemeente voor de incasso in rekening brengt, alsmede het renteverlies?

Uit een uitspraak van de Hoge Raad de dato 3 april 1947³¹ kan worden afgeleid dat de ter opslag en bewaring gemaakte kosten kunnen worden verhaald. Evenzo zijn administratiekosten en personeelskosten voor toezicht op de uitvoering verhaalbaar.³² Een recente uitspraak van de Hoge Raad³³ heeft bovendien de vraag, of wettelijke interesses onder de verhaalbare kosten vallen, positief beantwoord. Opvallend is, dat de Hoge Raad het kennelijk niet relevant acht dat het hier om een publiekrechtelijke vordering gaat. Onzeker is, of de kosten van extra secretariëwerk, alsmede de invorderingskosten die de deurwaarder de gemeente voor de incasso in rekening brengt, verhaalbaar zijn. De Rechtbank in Haarlem heeft hierover op 26 oktober 1971 een negatieve uitspraak gedaan. Of de Hoge Raad deze opvatting deelt, is niet bekend.³⁴

Mijns inziens dienen alle redelijkerwijze ten behoeve van de plaatsgevonden bestuursdwang gemaakte en uit de bestuursdwang voortvloeiende kosten verhaalbaar te zijn.³⁵ Hoewel de huidige tekst in de Gemeentewet spreekt over bestuursdwang op kosten van de overtreder, waartoe alle aan de bestuursdwang verbonden kosten gerekend

kunnen worden, en ook de Hoge Raad, voor zover bekend, niet van een andersluidende opvatting blijk geeft, ware de in de praktijk bestaande onzekerheid over de uitleg van de in de Gemeentewet gebezigde woorden op te heffen door een verduidelijking in de wettekst of door een verduidelijking van het begrip kosten in de toelichting op het desbetreffende artikel.

Een andere vraag over de geoorloofdheid van het kostenverhaal ontstaat indien de voorgenomen, geheel voorbereide en aangevangen toepassing van bestuursdwang 'op het nippertje' geen doorgang behoeft te vinden, omdat deze door de opheffing van de onwettige situatie niet meer nodig blijkt te zijn. Deze situatie doet zich onder andere voor, als de gemeente, ten behoeve van bestuursdwang, met materieel en personeel op de plaats van de overtreding aankomt, maar dan blijkt dat de overtreder alsnog zelf bereid is of net begonnen is zijn verplichting na te komen. In dergelijke omstandigheden zijn reeds - vaak aanzienlijke - kosten gemaakt door bijvoorbeeld het huren van machines en het inschakelen van manschappen. Mijns inziens kunnen deze kosten momenteel niet aan de overtreder in rekening worden gebracht, omdat in de huidige wettekst bepaald is, dat alleen kosten van de (daadwerkelijke) bestuursdwang verhaald kunnen worden. Daarentegen meent Teunissen, dat een redelijke uitleg van de desbetreffende wettekst meebrengt dat deze voorbereidingshandelingen kunnen worden gebracht onder het begrip 'verrichten' in die tekst.³⁶ Deze mening lijkt mij niet verdedigbaar. Het begrip 'verrichten' is een zelfstandige vorm van bestuursdwang, naast de overige drie in de tekst genoemde vormen: doen wegnemen, beletten en in de vorige toestand herstellen. Het begrip 'verrichten' ziet in dit verband uitsluitend op het door middel van bestuursdwang 'doen' van wat de overtreder heeft nagelaten. Men zou de wettekst toch onaanvaardbaar geweld aandoen door te redeneren dat, als de gemeente bijvoorbeeld tegen een clandestien bouwwerk wil optreden door middel van de bestuursdwangvorm 'doen wegnemen van het-geen . . . is gemaakt', zij de kosten daarvan kan verhalen wegens het 'verrichten' (als een zelfstandige vorm van bestuursdwang) 'van het-geen . . . is nagelaten'.

Het vorenstaande neemt niet weg, dat het een onbillijke zaak is dat de aan deze werkzaamheden ten behoeve van bestuursdwang verbonden kosten niet verhaald kunnen worden. Zij zijn immers een direct gevolg van het onrechtmatig handelen (of nalaten) van de overtreder en van de daarmee verband houdende aangevangen bestuursdwang. Bovendien zijn deze kosten geen tot de 'normale' con-

trole- of toezichthoudende werkzaamheden behorende kosten, als zij gemaakt zijn nádat gebleken is dat die werkzaamheden geen succes hebben opgeleverd. Daarom dient in de wettelijke bepaling die het kostenverhaal regelt, de mogelijkheid te worden geopend om deze kosten aan de overtreder in rekening te brengen, zoals dat ook bijvoorbeeld in de recent tot stand gekomen wijziging³⁷ van de Wegenverkeerswet geregeld is ten aanzien van het wegslepen van voertuigen, waarmee een overtreding is begaan. In artikel 43a, lid 11, is op dit punt - kort samengevat - bepaald dat, indien het voertuig door de gebruiker wordt verplaatst, terwijl ter plaatse reeds een aanvang is gemaakt met de verwijdering van het voertuig, de aan de werkzaamheden ter verwijdering verbonden kosten in rekening kunnen worden gebracht.

10.4 Praktische problemen bij de invordering van de kosten

In het in subparagraaf 8.3.2 genoemde onderzoek is ook aandacht besteed aan de problemen bij de invordering van de kosten.

De geconstateerde problemen doen zich vooral voor bij geringe financiële draagkracht van de overtreder. Overigens: indien de overtreder financieel volstrekt niet in staat is de aan de toegepaste bestuursdwang verbonden kosten te voldoen, dan is kostenverhaal in de praktijk onmogelijk.³⁸ In zo'n geval blijven de kosten ten laste van de gemeenschap. Eveneens is in sommige situaties aanvaardbaar, dat besloten wordt de kosten geheel of gedeeltelijk ten laste van de gemeenschap te laten komen, bijvoorbeeld indien de kosteninvordering met enorme moeite gepaard gaat of die invordering aanmerkelijk meer geld kost dan de kosten van de bestuursdwang bedragen hebben. Om wille van de gelijkheid van de burgers, van een goed financieel beheer van overheidsmiddelen en - zij het als bijkomstig argument - ter voorkoming van recidive, dient er echter zorg voor te worden gedragen dat zoveel mogelijk tot kostenverhaal wordt overgegaan. Problemen die dit sterk bemoeilijken of onmogelijk maken, dienen dan ook te worden verholpen.

De problemen bij de invordering van kosten komen voor:

- a bij faillissement;
- b als gevolg van de schorsende werking van het verzet tegen het dwangbevel;
- c omdat de gemeente in het kader van de in de Gemeentewet geregelde kostenverhaalsregeling in het algemeen noch de rechten van

parate executie³⁹ en retentie⁴⁰ op de bij bestuursdwang meegevoerde goederen heeft, noch het recht - behoudens toestemming van de eigenaar - om tot vernietiging van die goederen over te gaan;⁴¹

d in overige situaties.

Ad a

Indien de overtreder in staat van faillissement wordt verklaard, heeft de gemeente voor de gemaakte kosten geen recht van voorrang, zodat kostenverhaal dan uiterst dubieus is. De kosten van bestuursdwang zijn direct of indirect een gevolg van de niet-naleving van een publiekrechtelijke verplichting, met andere woorden: het zijn - evenals belastingsschulden - publiekrechtelijke schulden. In verband hiermee is aanvaardbaar dat aan die overheidsvordering - zoals bijvoorbeeld ook bij belastingvorderingen en bij de bestuursdwangkosten krachtens de Wet Buitengewone Bevoegdheden Burgerlijk Gezag is gebeurd⁴² - een of andere vorm van privilege wordt toegekend. Niet alleen om die reden, maar met name ook indien een verplichting wordt geëffectueerd ten aanzien van bepaalde goederen, die daardoor een 'verbetering' hebben ondergaan, zoals bij een woningverbetering of bij een handeling ter opheffing van een brandgevaarlijke toestand, is een privilege gewenst.

Naar Nederlands recht kan in dit verband worden gewezen op sommige bijzondere bestuursrechtelijke regelingen, zoals artikel 92 van de Woningwet en artikel 58 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, waarin - kort samengevat - bepaald is, dat de kosten van bestuursdwang op het onroerend goed ten aanzien waarvan zij zijn besteed, bevoorrecht zijn. Bovendien sluit een en ander voor een gedeelte aan bij artikel 1185, 4° en 8°, van het Burgerlijk Wetboek, waarin neergelegd is dat bevoorrechte schulden op zekere bepaalde goederen zijn: de kosten tot behoud van een zaak gemaakt, en hetgeen aan metselaars, timmerlieden en anderen is verschuldigd wegens de opbouw, aanbouw en de reparaties van onroerende goederen.⁴³

Bij een wettelijke regeling van voorrang van de kosten van bestuursdwang verdient een voorrecht op 'alle' goederen, analoog aan artikel 12 van de Wet op de Invordering van 's Rijks Directe Belastingen, gezien het publiekrechtelijke karakter van deze schuld, de voorkeur, terwijl dat bovendien het meest effectief is. Overigens zou een groot gedeelte van dit specifieke verhaalsprobleem ook opgelost kunnen worden door in de Gemeentewet een artikel op te nemen dat de kosten van bestuursdwang op bepaalde goederen bevoorrecht.

Ad b

Verzet tegen het dwangbevel schorst de tenuitvoerlegging daarvan. Dit kan tot problemen aanleiding geven. Indien bijvoorbeeld een clandestien autokerkhof ontruimd wordt en de weggehaalde autowrakken de enige verhaalsmogelijkheid op de overtreder bieden, dan zijn de kosten van de opslag al spoedig hoger dan de waarde van de autowrakken. Als in zo'n geval vrijwel onmiddellijk tot verkoop van de wrakken zou kunnen worden overgegaan, dan zouden de opslagkosten (grotendeels) nog verhaald kunnen worden. Elke (kwaadwillende) overtreder kan momenteel echter tegen het dwangbevel verzet aantekenen, waardoor de verdere tenuitvoerlegging wordt geschorst en de kosten alsmaar oplopen. Bovendien kan - na de uitspraak in verzet - wel eens blijken dat de verhaalsmogelijkheden de facto zijn gaan ontbreken.

In artikel 15 van de zojuist bedoelde Wet op de Invordering van 's Rijks Directe Belastingen is geregeld dat het verzet de (verdere) tenuitvoerlegging niet stuit, behoudens de bevoegdheid van de geëxecuteerde om daarop in kort geding door de President van de Rechtbank te doen beslissen.

Zoals hiervóór gezegd, zijn de kosten van bestuursdwang, evenals belastingschulden, publiekrechtelijke schulden. Het lijkt mij - ter voorkoming van de mogelijkheid voor de overtreder om 'eigenmachtig de tenuitvoerlegging zonder reden (te) kunnen ophouden of zelfs, door de inbeslagneming te vertragen, zijn goederen te (kunnen) verduisteren',⁴⁴ en om uniformiteitsredenen - gewenst, dat een aan die wet analoge bepaling in de Gemeentewet wordt neergelegd. Overigens is een gelijksoortige bepaling als artikel 15 van genoemde wet ook neergelegd in artikel 438 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dat handelt over de tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten. De wenselijkheid om de niet-schorsende werking van verzet in bepaalde gevallen te regelen, kan binnen het huidige gemeenterecht trouwens evenzeer gerealiseerd worden door een geringe wijziging ervan, in die zin dat het verzet de tenuitvoerlegging schorst, behalve indien het gemeentebestuur bij het dwangbevel besloten heeft de schorsende werking van verzet op te heffen. Zo'n besluit zou door de President van de Rechtbank in kort geding ongedaan moeten kunnen worden gemaakt. Bij dit voorstel dient overigens bedacht te worden dat het hier gesignaleerde probleem voor een deel ook opgelost zal zijn, indien aan de gemeente in de wet een recht van parate executie wordt toegekend.⁴⁵

Ad c

Het gemis aan genoemde rechten leidt in de praktijk tot moeilijkheden, omdat de kosten van opslag en beheer van de meegevoerde goederen daardoor (onder andere) tot onverantwoord grote en/of onverhaalbare hoogte kunnen oplopen. Bovendien blijft de gemeente daarvoor vaak langdurig 'zitten' met goederen die nauwelijks van waarde zijn. De regering is bekend met het feit dat de kostenverhaalsregeling in de Gemeentewet als gebrekkig wordt ervaren. In de Memorie van Toelichting op het wetsontwerp tot wijziging van de Wegenverkeerswet vermeldt zij hierover, dat de overheid niet het recht van retentie en van parate executie heeft en dat zij de kosten van overbrenging en bewaring slechts kan verhalen op de overtreder.⁴⁶ Daarom zijn in die wet enige aanvullingen met betrekking tot het kostenverhaal bij het wegslepen van voertuigen opgenomen.

Het is gewenst dat de als gebrekkig ondervonden kostenverhaalsregeling in de Gemeentewet zodanig wordt gewijzigd, dat daarin de lacunes die in de praktijk tot moeilijkheden aanleiding geven, worden opgeheven. Daartoe dient tot uitdrukking te worden gebracht, dat de gemeente de meegevoerde voorwerpen na zekere tijd in eigendom mag overdragen of mag laten vernietigen en dat zij op die voorwerpen een recht van retentie heeft voor de aan de bestuursdwang verbonden kosten.⁴⁷

Ad d

Een overig probleem doet zich voor, indien de persoon van recht-hebbende en van overtreder niet dezelfde is. Wanneer de rechthebbende niet-draagkrachtige stromannen inschakelt, die de overtreding begaan, dan kan dat voor de gemeente de nodige verhaalsproblemen veroorzaken, omdat de kosten slechts verhaalbaar zijn op de overtreder. In de Woonruimtetwet is met een dergelijke situatie rekening gehouden. Daar is bepaald, dat de 'burgemeester kan bevelen, dat personen, die in strijd met (de wet) woongelegenheid in gebruik hebben genomen, deze . . . moeten ontruimen'. Dit bevel kan de burgemeester zo nodig met behulp van de sterke arm doen uitvoeren op kosten van de nalatige. 'Als nalatige geldt ook degene, die . . . de woongelegenheid in gebruik heeft gegeven.'⁴⁸ Ook de op dit punt gewijzigde Wegenverkeerswet kent mogelijkheden van verhaal op anderen dan de overtreder.⁴⁹ Soortgelijke bepalingen, al dan niet in combinatie met mijn voorstel⁵⁰ om in sommige bijzondere wetten aan verplichtingen een quasi-zakelijke werking toe te kennen, kunnen ook voor de oplossing van de verhaalsproblemen bij andere bijzon-

dere bestuursrechtelijke wetten nuttig zijn.

Bovendien komt het soms voor dat een vergunninghouder,⁵¹ nadat hij van de vergunning gebruik is gaan maken, maar afwijkt van één of meer daaraan verbonden voorwaarden, pas in een later stadium al dan niet door eigen toedoen in financiële moeilijkheden komt, waardoor de kosten van bestuursdwang niet verhaalbaar worden. De situatie waarin de overheid dan tot bestuursdwang overgaat, maar met (soms aanmerkelijke) kosten blijft zitten, zou in beginsel niet ontstaan of minder ernstig zijn, indien de mogelijkheid zou bestaan bij de vergunningverlening een waarborgsom op te leggen, van welker storting het recht om van de vergunning gebruik te maken, afhankelijk wordt gesteld. Op blz. 182 e.v. ben ik ingegaan op de vraag naar de geoorloofdheid van een waarborgsom die de overheid als voorwaarde oplegt, zonder een uitdrukkelijk wettelijk voorschrift. In bepaalde bijzondere wetten zijn dergelijke voorwaarden inmiddels uitdrukkelijk mogelijk gemaakt. Het verdient in dit verband aanbeveling, na te gaan of in andere bestuursrechtelijke wetten, op grond waarvan 'kostbare voorzieningen' moeten worden getroffen, een analoge bepaling op haar plaats is en hoe dan aan de reeds gesignaleerde bezwaren kan worden tegemoet gekomen.

10.5 Kostenverhaal en enkele recente rechterlijke uitspraken

In het voorgaande heb ik al op enkele uitspraken ter zake gewezen.⁵² Hier wil ik de volgende rechterlijke opvattingen nader beschouwen:

A uitspraken van de AROB-rechter en de burgerlijke rechter ten aanzien van de geoorloofdheid van kostenverhaal, indien bestuursdwang wordt toegepast in het kader van ongediertebestrijding; en *B* uitspraken van de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State om bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat, hangende de procedure, de kosten van de bestuursdwang niet in rekening mogen worden gebracht.

Ad A

In de literatuur hebben met name twee uitspraken van de AROB-rechter over kostenverhaal bij ongediertebestrijding grote aandacht gekregen.⁵³ Het gaat in beide gevallen om een aanschrijving van de gemeente Amsterdam ex artikel 25, eerste lid, van de Woningwet, aan de eigenaar-verhuurder van een aantal panden tot het nemen van

doeltreffende maatregelen ter bestrijding van faraomieren/kakkerlakken. De gemeente had bij die aanschrijving meegedeeld dat bij gebreke aan de aanschrijving te voldoen, van gemeentewege - doch op kosten van de aangeschrevene - tot uitvoering van de voorzieningen zou worden overgegaan. De aangeschrevene had er bezwaar tegen, dat bij niet-voldoening aan de aanschrijving op zijn kosten tot uitvoering van de voorzieningen zou worden overgegaan en stelde AROB-beroep in. In bedoelde uitspraken onderscheidt de AROB-rechter in het gemeentebesluit drie elementen:

- 1 de aanschrijving om maatregelen te treffen;
- 2 de aanzegging dat bestuursdwang zal worden toegepast;
- 3 de aanzegging dat de door de gemeente gemaakte kosten van bestuursdwang verhaald zullen worden.

Op het eerste element zal ik hier niet verder ingaan. Interessanter in dit verband zijn de beide andere elementen. Vrij vertaald zegt de AROB-rechter: als de gemeente een waarschuwing, zoals bedoeld in artikel 152, tweede lid, van de Gemeentewet, zendt, dan zijn er twee zelfstandige elementen met rechtsgevolg, te weten: de 'waarschuwing' en de aanzegging van kostenverhaal. Deze opvatting is, wat het laatste punt betreft, door met name Van Zanten bekritiseerd. Hij meent dat er bij en door rechtmatige uitoefening van bestuursdwang van rechtswege een vordering op de overtreder ontstaat. In dat ontstaansproces is volgens zijn gedachtengang geen plaats voor 'abortus ten opzichte van het verhaalsrecht door de AROB-rechter'. Voorts denkt hij dat de vordering uit de wet in principe opeisbaar wordt na uitvoering van de bestuursdwang. Ook naar mijn mening is het onjuist, aan te nemen dat, als in de waarschuwing of het besluit om bestuursdwang toe te passen, meegedeeld wordt dat de voorgenomen bestuursdwang op kosten van de overtreder plaatsvindt, daarmee gegeven is dat het hier om een afzonderlijke rechtshandeling gaat.

Weliswaar ontstaat door de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang in principe een plicht voor de overtreder tot betaling van de kosten en een recht voor de gemeente om tot verhaal daarvan over te gaan, maar daarmee is niet gezegd, dat de waarschuwing of het besluit tot toepassing van bestuursdwang daarop gericht is. Het ontstaan van enig rechtsgevolg is, zoals eerder opgemerkt is, immers niet voldoende om te kunnen spreken van een rechtshandeling.⁵⁵ Als bijvoorbeeld een onrechtmatige daad wordt verricht, dan ontstaat daardoor wel een schadeplicht, maar daarmee wordt de aankondiging noch het besluit om die daad te verrichten, noch de daad zelf een rechtshandeling. Evenzo geldt dit als een rechtmatige daad, zoals be-

stuursdwang, wordt verricht, waaraan de wet bepaalde gevolgen verbindt. Het hier bedoelde rechtsgevolg treedt niet in door de waarschuwing of het besluit om bestuursdwang toe te passen, maar ontstaat rechtstreeks uit de wet door het enkele feit van de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang.⁵⁶

Aan deze door de wet geregelde rechtsverhouding, die door de daadwerkelijke toepassing van bestuursdwang ontstaat, kan een gemeentelijk besluit niets toe- of afdoen, hoewel daarmee natuurlijk niet gezegd is dat de gemeente van haar materiële recht gebruik moet maken.⁵⁷ De door de AROB-rechter aangebrachte 'verfijning' in de waarschuwing, een verfijning die Steenbeek toejuicht,⁵⁸ lijkt mij dan ook theoretisch onhoudbaar. Evenmin houdbaar is de gedachte waarbij tweeërlei bevoegdheid wordt onderscheiden, te weten: *a* de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang op kosten van overtreeders, en *b* een minder ver gaande bevoegdheid, namelijk tot het uitoefenen van bestuursdwang op kosten van de gemeente.⁵⁹

Zo'n gedachte miskent de principiële keuze, die destijds gedaan is om bestuursdwang te laten plaatshebben op kosten van de overtreeders. Dit laatste neemt overigens niet weg dat van kostenverhaal kan worden afgezien, maar daarmee wordt de bevoegdheid tot toepassing van bestuursdwang nog geen andere. Ik kom op de consequenties hiervan nog terug ad B (blz. 221). Hier vermeld ik deze uitspraken, omdat de AROB-rechter, uitgaande van deze omstreden redenering, ten aanzien van de geoorloofdheid van het kostenverhaal belangwekkende opvattingen verkondigt. Zo stelt hij:⁶⁰ 'Niet gesteld is, dat de besmetting met faraomieren te wijten is aan de onderhoudstoestand of de bouwkundige toestand van de onderhavige woning, terwijl evenmin is aangevoerd van de zijde van verweerder, dat de wijze van bewoning en/of de zindelijkheid der bewoners oorzakelijk is voor de aanwezigheid van de faraomieren. Bovendien is de Afdeling uit de stukken en uit de behandeling ter zitting van de zaak gebleken, dat de reden voor het aanzeggen van daadwerkelijk optreden van gemeentewege in overwegende mate is gelegen in het voorkomen van een uitbreiding naar andere woningen in de stad van het te bestrijden ongedierte. Gezien deze omstandigheden komt de Afdeling tot het oordeel, dat B.en W. van Amsterdam bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de aanzegging van kostenverhaal hebben kunnen komen.' In een uitspraak van 16 juni 1978⁶¹ merkt die Afdeling nog op dat het standpunt, dat toepassing van bestuursdwang en daaropvolgend kostenverhaal onverbrekkelijk met elkaar zijn verbonden, niet als juist kan worden aanvaard:

‘Zowel in de literatuur over politiedwang als in de praktijk van het bestuursrecht wordt veeleer het standpunt gehuldigd dat kostenverhaal niet tot het wezen van politiedwang behoort. Wel is kostenverhaal regel en behoort daarvan slechts in uitzonderingsgevallen te worden afgezien.

De vraag of zich een uitzonderingsgeval voordoet, staat in eerste aanleg ter beoordeling van de administratie doch het door haar gegeven oordeel zal op zijn beurt door de rechter dienen te worden getoetst.

In een geval als het onderhavige, waarin enerzijds vaststaat dat het euvel waarop de aanschrijving betrekking heeft niet aan appellante of haar huurder is te wijten en anderzijds evenzeer als vaststaand moet worden aangenomen dat de bestrijding van het euvel door het algemeen belang wordt geëist, brengt een redelijke afweging van belangen mede, dat op de regel van het kostenverhaal uitzondering wordt gemaakt.

Mitsdien hebben Burgemeester en Wethouders niet in redelijkheid mede tot kostenverhaal kunnen besluiten.’

Overigens achtte de Afdeling kostenverhaal ter zake van bestuursdwang wegens bestrijding van kakkerlakken, toen het over een cafetaria ging, wel redelijk, omdat de desbetreffende cafetariahouder in dat geval wel schuld trof.⁶²

De argumentatie die de Afdeling Rechtspraak aanvoert voor de vraag naar de redelijkheid van het kostenverhaal is niet overtuigend.⁶³ Er dient naar mijn mening een onderscheid te worden gemaakt tussen (afwezigheid van) schuld aan de situatie, die voor de overheid aanleiding is tot het treffen van maatregelen in de vorm van het opleggen van een verplichting, en (afwezigheid van) schuld aan het niet-nakomen van een verplichting. Het schuld-aspect in de door de Afdeling Rechtspraak beoordeelde kwestie speelde in de eerstgenoemde situatie. Het schuld-aspect, waar ik op blz. 199 e.v. van dit onderzoek op doelde en waarbij ik tot de conclusie kwam, dat door afwezigheid van schuld of onrechtmatig handelen de bevoegdheid van kostenverhaal in principe niet aanwezig is, ziet op de situatie dat de overtreder een schuld-uitsluitings- of rechtvaardigingsgrond heeft ten aanzien van het niet-nakomen van een verplichting. Dit onderscheid heeft de Afdeling Rechtspraak onvoldoende in het oog gehouden.

Van een absolute ontkenning van de bevoegdheid tot kostenverhaal zou, onder de door de Afdeling beoordeelde omstandigheden, in mijn opvatting overigens sprake kunnen zijn geweest, indien de verplichte gesteld en bewezen had dat hij een schulduitsluitingsgrond had. De

eigenaar-verhuurder had materiaal aangedragen voor de stelling, dat hij niet kon voldoen aan de aanschrijving, omdat volgens hem de bestrijding massaal moest gebeuren, wilde zij blijvend zijn en effectieve bestrijding mede afhankelijk zou zijn van de bestrijding in andere - hem niet toebehorende - panden.⁶⁴

De motivering van de Afdeling over het schuldvereiste gaat tegen de geldende opvattingen daaromtrent in,⁶⁵ is juridisch niet onderbouwd en leidt snel tot voor de overheid financieel onaanvaardbare situaties. Indien alleen al de niet-verwijtbaarheid ten aanzien van het ontstaan van de situatie waarvoor een verplichting geldt,⁶⁶ voldoende is om zonder meer tot willekeur van de aanzegging tot kostenverhaal te concluderen, dan zal deze redenering op velerlei terreinen negatief doorwerken. Te denken valt niet alleen aan omstandigheden van meteorologische aard (sneeuw, wateroverlast, zonsondergang en dergelijke), waaruit verplichtingen ontstaan zonder dat de burgers aan die situatie schuld hebben, maar ook aan omstandigheden van andere aard (bijvoorbeeld het overlijden van een familielid, het hebben van besmettelijk ziek vee, de aanwezigheid van ongedierte), die leiden tot verplichtingen zonder dat de verplichte aan die situatie schuld heeft.

De overweging van de AROB-rechter in zijn genoemde uitspraak van 16 juni 1978, dat de bestrijding van het euvel door het algemeen belang wordt geëist, is in dit verband minder relevant, omdat zij óf ziet op de rechtsgeldigheid van de aanschrijving (die de rechter rechtsgeldig achtte), óf op de geoorloofdheid van bestuursdwang (die hij eveneens aanvaardde).⁶⁷

Van der Burg stelt in zijn kritiek op deze uitspraken, dat - als men vindt dat (de zorg voor) de bestrijding van ongedierte, evenals bijvoorbeeld voor de brandweer en criminaliteitsbestrijding, tot de collectieve eerste levensbehoeften behoort,⁶⁸ waarvoor de overheid zonder retributieheffing moet zorgen, men (de basisbepaling, in casu) artikel 307, eerste lid, onder q Bouwverordening,⁶⁹ moet aanvechten. Scheltema meent dat, als men de verplichting in verband met de daaraan verbonden kosten te zwaar acht, de strafbepaling zelf moet sneuvelen.⁷⁰ Hoewel Scheltema spreekt over de strafbepaling die moet sneuvelen, neem ik aan, dat hij daarmee bedoelt de bepaling die de verplichting oplegt. Burkens zegt dat het bestuur tot taak heeft, deze de bevolking 'collectief treffende euvelen af te wenden en daartoe collectieve financiële middelen aan te wenden . . . Deze (gemeentelijke) zorgplicht kan worden geëffectueerd door middel van

... (bestuursdwang); kostenverhaal dient dan echter achterwege te blijven'. Deze gedachtengang vindt hij principiëler, 'immers aansluiten bij de onderlinge solidariteit waarvan publiekrechtelijke organisatie uitdrukking behoort te zijn'.⁷¹ Afgezien van de moeilijkheid om aan te geven wanneer deze zorgplicht in concreto ontstaat, lijkt het mij principieel en ter wille van een goed begrip van bestuursdwang onjuist, die zorgplicht 'na te komen' in de vorm van toepassing van een sanctiemiddel.

Ik heb ook een reden van andere aard om aan te nemen dat de uitspraak van de Afdeling Rechtspraak niet aanvaardbaar is. Als de AROB-rechter al van oordeel is, dat de aanzegging dat de door de gemeente gemaakte kosten van bestuursdwang verhaald zullen worden, een beschikkingselement bevat, dan kan daarvoor geen beroep worden gedaan op de Wet AROB, omdat artikel 5, onder d, van die wet bepaalt, dat geen voorziening openstaat tegen beschikkingen waartegen krachtens wettelijk voorschrift een andere administratiefrechtelijke voorziening openstaat of voor de klager opengestaan heeft. Onder administratiefrechtelijke voorziening dient ook verstaan te worden een voorziening bij de gewone rechter, optredend in administratieve zaken.⁷² Artikel 155 van de Gemeentewet biedt de mogelijkheid van verzet tegen het dwangbevel tot betaling van de uit bestuursdwang voortvloeiende kosten, dus van administratiefrechtelijke schulden. Weliswaar gebeurt dit bij de burgerlijke rechter, maar dat neemt niet weg dat hier van een administratiefrechtelijke voorziening, immers een voorziening krachtens de Gemeentewet, moet worden gesproken. De Afdeling Rechtspraak had de verzoeker daarom op dit punt in zijn beroepschrift niet-ontvankelijk moeten verklaren. Opvallend is, dat de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak een dergelijke uitspraak al eens heeft gedaan, toen een mededeling dat een dwangbevel tot invordering der gemaakte kosten was opgemaakt, onderwerp was van een verzoek om toepassing van artikel 80 van de Wet op de Raad van State.⁷³

De consequenties van de aangehaalde uitspraken kunnen, wat de toepassing van bestuursdwang betreft, zijn dat:

a zowel de burgerlijke rechter⁷⁴ als de AROB-rechter zich inlaat met het kostenverhaal. Met name in spoedeisende gevallen kan dit in vergelijkbaar bestuursdwang-optreden tot andersluidende uitspraken leiden;

b de staatsburgers eerder van het gevolg geven aan zo'n verplichting

afzien, omdat de overheid een en ander dan wel voor eigen rekening opknapt;

c rechtsongelijkheid kan ontstaan, omdat degene die wel aan de verplichting voldoet, zelf de gemaakte kosten moet dragen;⁷⁵

d het risico dat de wetgever, nu hij daaromtrent niets anders heeft bepaald, kennelijk voor rekening van de aangeschrevene heeft willen laten komen, wordt afgewenteld op de gemeenschap;⁷⁶

e omwille van de financiële gevolgen voor de overheid, het bestrijden van faraomieren en kakkerlakken achterwege blijft, met alle gevolgen van dien.⁷⁷

Tot een geheel ander oordeel dan de AROB-rechter komt de Hoge Raad, na een zeer uitvoerige conclusie van Advocaat-Generaal Franx, in zijn uitspraak van 3 april 1981.⁷⁸ In die aangelegenheid, die overigens betrekking had op een verzet tegen het verraal van kosten van bestuursdwang die vóór de invoering van de Wet AROB had plaatsgevonden, ging het eveneens over de vraag naar de geoorloofdheid van het verhaal van bij de bestrijding van ongedierte (kakkerlakken) gemaakte kosten. De Hoge Raad overweegt, dat het Hof bij de bespreking van de vraag of de gemeente de kosten van de door haar getroffen voorzieningen kan verhalen, als juist uitgangspunt had genomen dat uit de artikelen 152, eerste lid, en 155, eerste lid, van de Gemeentewet voortvloeit, dat de aan bestuursdwang verbonden kosten in beginsel op de overtreder kunnen worden verhaald. Voorts zegt hij dat voor een ontkennende beantwoording van die vraag alleen dan plaats is, indien het verhalende orgaan in redelijkheid niet tot het uitvaardigen van het dwangbevel had kunnen komen. De Hoge Raad achtte vanwege 'het enkele feit dat . . . de besmetting niet is te wijten aan de toestand van de woningen of aan de bewoners' het dwangbevel niet onredelijk. 'De . . . stelling dat dit feit daartoe wel voldoende is, in combinatie met de omstandigheid dat "de bestrijding van het euvel in kwestie door het algemeen belang wordt geëist", treft geen doel, nu de niet nader gespecificeerde verwijzing naar "het algemeen belang" te vaag is om die conclusie te dragen. Weliswaar valt niet uit te sluiten dat bij de bestrijding van een besmetting met ongedierte het algemeen belang, gezien de aard en omvang van de besmetting en de aan de besmetting verbonden gevaren, zozeer is betrokken, dat de kosten daarvan in redelijkheid niet kunnen worden afgewenteld op de desbetreffende eigenaren, maar (de eigenares) heeft in de gedingstukken geen gegevens verstrekt welke het Hof noopten aan te nemen dat zich te dezen een zo-

danig geval voordeed.' De Hoge Raad meent dus, dat:

- 1 uit de Gemeentewet voortvloeit, dat de aan bestuursdwang verbonden kosten in beginsel op de overtreder kunnen worden verhaald;
 - 2 in de desbetreffende procedure verhaal alleen dan niet toelaatbaar zou zijn, indien het gemeentelijk orgaan in redelijkheid niet tot het uitvaardigen van het dwangbevel had kunnen komen; en
 - 3 de conclusie, dat Burgemeester en Wethouders in het gegeven geval in redelijkheid niet tot het uitvaardigen van het dwangbevel hadden kunnen komen, niet noodzakelijk is.
- Ik wil daarover het volgende opmerken.

Ad 1: Met dit uitgangspunt kan ik geheel instemmen. Ik verwijs daarvoor naar blz. 198 e.v.

Ad 2: Deze maatstaf lijkt mij terecht. Een besluit om een dwangbevel uit te vaardigen, dient, evenals elk ander besluit van een overheidsorgaan, te voldoen aan de eisen van het willekeurbeginsel. Met deze stellingname in zijn overwegingen sluit de Hoge Raad overigens niet uit, dat er met succes ook andere redenen aangevoerd kunnen worden om te concluderen dat verhaal niet toelaatbaar is. Hij spreekt immers over een juiste maatstaf die het Hof '... in de onderhavige procedure ...' heeft aangelegd. Hetgeen ik op blz. 200 betoogde, namelijk dat kostenverhaal in principe niet toelaatbaar is als de overtreder een schulditsluitings- of rechtvaardigingsgrond heeft ten aanzien van de niet-nakoming van zijn verplichting, wordt door deze uitspraak dus niet aangetast.

Ad 3: Niet-verwijtbaarheid ten aanzien van het euvel waartegen wordt opgetreden, in combinatie met een bestrijding ervan, die door het algemeen belang in hoge mate wordt geëist, kan, aldus de Hoge Raad, onder omstandigheden voldoende zijn om aan te nemen dat de kosten van bestrijding in redelijkheid niet kunnen worden afgewenteld op de eigenaren. Hoewel in casu niet gebleken is van die omstandigheden en volgens de Hoge Raad ook de stelling, dat naar geldend recht de bestrijding van ongedierte op grote schaal veeleer de taak van de overheid dan van de particuliere huiseigenaren is, in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard, heb ik moeite met deze uitzondering op de verhaalsmogelijkheid. Ten eerste is daarvoor geen juridische grondslag aangevoerd en ten tweede is de overweging dat niet-verwijtbaarheid ten aanzien van het onderwerpelijke euvel van belang kan zijn, in strijd met de wet, die immers het risico voor het

bestrijden van ongedierte juist op de eigenaar legt. Vervolgens maakt de Hoge Raad een merkwaardig⁷⁹ onderscheid tussen twee vormen van algemeen belang, te weten: een algemeen belang dat bij wets-overtreding bestuursdwang (en kostenverhaal) toelaat, en een (hoger?) algemeen belang dat in hoge mate eist dat bij wetsovertreding bestuursdwang zonder kostenverhaal wordt toegepast. Tenslotte: ook deze uitzondering kan leiden tot rechtsongelijkheid.⁸⁰

Desalniettemin kan ik mij voorstellen dat men het verhaal van kosten van de bestrijding van een besmetting in sommige extreme omstandigheden onredelijk vindt. Ik zou er echter voor willen pleiten,⁸¹ dan òf de verplichting tot handelen (de bestrijding) onrechtmatig te verklaren - bijvoorbeeld omdat zij voor die omstandigheden aan de oorzaak waarvan men bij normale oplettendheid, levenswijze en nakoming van andere verplichtingen geen schuld treft, niet geschreven kan zijn -, òf de toepassing van bestuursdwang onrechtmatig te achten - omdat van de bevoegdheid daartoe in die omstandigheden in redelijkheid geen gebruik kan worden gemaakt. Wil de overheid tegen die situaties optreden, dan kan zij dat doen op een andere basis dan bestuursdwang, bijvoorbeeld vrijwillig, door het opleggen van een gedoogplicht of mogelijk krachtens de (daarvoor te wijzigen) Wet Bestrijding Infectieziekten en Opsporing Ziekteoorzaken. Hiermee is immers terecht de relatie tussen een rechtmatige bestuursdwangtoepassing en het principiële daaruit voortvloeiende kostenverhaal verbroken.

In die gevallen waarin collectieve bestrijding van een besmetting noodzakelijk wordt geacht, dienen de daardoor veroorzaakte kosten ook collectief te worden gedragen.

Hoe dan ook - gesignaleerd kan worden, dat het standpunt van de Hoge Raad geheel afwijkt van dat van de AROB-rechter.

Het standpunt van de Hoge Raad spreekt mij in grote lijnen het meeste aan.⁸² Slechts de hiervóór onder 3 bedoelde overweging is minder juist te achten. In mijn opvatting ware, zoals gezegd, in die extreme omstandigheden het verband tussen rechtmatige bestuursdwang en kostenverhaal te verbreken. Merkwaardig is dat, volgens de huidige rechterlijke opvattingen, dit dan dient te gebeuren door de AROB-rechter; immers, deze beoordeelt in het algemeen de rechtmatigheid van de voorgenomen bestuursdwang. Echter ook als hij de voorgenomen bestuursdwang rechtmatig acht, zal hij, althans volgens zijn eigen - door mij bestreden - visie, over het kostenverhaal oordelen. Deze visie is door de Hoge Raad-uitspraak niet expliciet

verworpen.⁸³ Het blijft afwachten, of en hoe de AROB-rechter in de toekomst hierover zal (blijven) beslissen.

Ad B

In het voorgaande is aangeduid, dat de Afdeling Rechtspraak de 'aanzegging' van het kostenverhaal verzelfstandigt. Ik heb daartegen mijn bedenkingen geuit. Opvallend in dit verband is, dat, als de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak op een verzoek ex artikel 80 van de Wet op de Raad van State oordeelt dat, hangende de procedure, geen kosten wegens bestuursdwang in rekening mogen worden gebracht, hij niet overgaat tot schorsing van die aanzegging, maar een voorlopige voorziening treft.⁸⁴ Te verwachten zou zijn, dat hij in zo'n situatie zou besluiten tot schorsing van de desbetreffende aanzegging, omdat schorsing meebrengt dat niet tot kostenverhaal mag worden overgegaan. Kan hieruit, zoals wel eens gesuggereerd is,⁸⁵ worden afgeleid dat de Voorzitter de aanzegging tot kostenverhaal niet als een zelfstandig beschikkingselement aanmerkt? Als dat zo is, dan zou ik mij in die opvatting kunnen vinden, maar de vraag is of die conclusie gestaafd wordt door de motivering - als deze al gegeven wordt tenminste - van de Voorzitter. Hij zegt in een uitspraak van 29 januari 1981, dat artikel 80 van de Wet op de Raad van State de mogelijkheid biedt om schorsing van een 'besluit te verkrijgen of door een voorlopige voorziening de werking daarvan - althans tijdelijk - te doen verzachten'.⁸⁶ In zijn betoog stelt hij verder, dat 'niet is gebleken dat . . . (het besluit) in strijd is met . . . (de wet) dan wel anderszins als onrechtmatig . . . (zou kunnen worden aangemerkt) . . . Gezien het vorenstaande . . . zijn er naar wij menen geen termen voor schorsing van . . . (het) bestreden (besluit). Wij zien evenwel . . . aanleiding voor het treffen van de navolgende voorlopige voorziening'. Dan volgt de voorlopige voorziening, dat, hangende het beroep bij de Afdeling Rechtspraak, geen invordering van kosten zal plaatsvinden. Er zijn nu de volgende redeneringen mogelijk. Ten eerste: de Voorzitter ziet het besluit als één ondeelbaar geheel. Mogelijk is het op tweerlei rechtsgevolg gericht, maar het besluit vormt een zodanig geheel, dat schorsing meebrengt dat alle rechtsgevolgen geschorst worden. In casu betekent dit, dat schorsing van de aanzegging van kostenverhaal de schorsing van de bevoegdheid tot bestuursdwang met zich meesleept. Vandaar dat de Voorzitter een voorziening treft voor een deel van het besluit. Zo'n opvatting is naar mijn mening niet juist, omdat het aan het beleid van de Voorzitter is overgelaten of hij de beschikking in haar geheel meent te moeten schorsen of voor een

deel; de Wet op de Raad van State laat hem te dien aanzien vrijheid.⁸⁷ Een andere redenering zou kunnen zijn, dat de Voorzitter schorsing van de aanzegging van kostenverhaal - om welke reden dan ook - 'te hard' acht en de aanzegging wil 'verzachten' door een voorlopige voorziening. Ook zo'n mening lijkt mij onjuist, omdat ik geen wezenlijk verschil zie tussen schorsing van de werking van de aanzegging van kostenverhaal en een voorlopige voorziening waarbij bepaald is dat geen kosten-invordering mag plaatshebben; of zou de Voorzitter nog verschil maken tussen het te zijner tijd in rekening brengen van de kosten en het invorderen bij dwangbevel? Als dat zo is, dan zou toch wel een verduidelijking nodig zijn geweest. Tenslotte zou de argumentatie hierin gezocht kunnen worden, dat de Voorzitter in de aanzegging tot kostenverhaal geen beschikkingselement kan ontdekken en dat schorsing van het besluit niet meebrengt schorsing van de kostenverhaalsmogelijkheid, respectievelijk dat de Voorzitter niet tot schorsing van de aanzegging tot kostenverhaal kan overgaan. De vraag rijst, of hij dan wel een voorlopige voorziening kan treffen die op het kostenverhaal ziet. Naar mijn mening niet, omdat zowel de schorsing als de voorlopige voorziening betrekking moet hebben op de in hoofdzaak aan te vechten beschikking en omdat er een causaal verband moet bestaan tussen een schorsing/voorlopige voorziening en die beschikking. In de gedachte, dat aan het kostenverhaal geen beschikking ten grondslag ligt, ontbreekt een causaal verband tussen de bestuursdwangbeschikking en de voorlopige voorziening ten aanzien van het kostenverhaal. Door desondanks een voorlopige voorziening te treffen, gaat de Voorzitter het toepassingsbereik van artikel 80 van de Wet op de Raad van State te buiten.

Hoe het ook zij - uit de motivering van de Voorzitter lijkt mij overigens de eerst-aangeduide redenering van toepassing te zijn -: theoretisch zijn alle hier behandelde redeneringen onjuist. Bovendien bestaat, praktisch gezien, momenteel geen behoefte aan een mogelijkheid tot 'ingrijpen' in het kostenverhaal door de AROB-rechter;⁸⁸ de gewone rechter is daartoe de wettelijk aangewezen instantie. Voorts kan zo'n voorlopige voorziening tot gevolg hebben dat, als het beroep ongegrond wordt verklaard, de verhaalsmogelijkheden de facto wel eens zouden kunnen blijken te ontbreken. Ondanks het feit dat het bevoegde orgaan, met toepassing van artikel 60d van de Wet op de Raad van State, om opheffing of wijziging van een artikel-80-uitspraak kan vragen,⁸⁹ dient dit gegeven - als de AROB-rechter al op deze ingeslagen weg voortgaat - ertoe te leiden, dat deze daarbij uiterst behoedzaam te werk gaat. Een bepaald overheidsverzoek ex

artikel 80, juncto artikel 60d, van de Wet op de Raad van State om, in verband met mogelijke verhaalsmoeilijkheden als gevolg van een getroffen voorlopige voorziening, die voorlopige voorziening aan te vullen met een zekerheidsstelling door de overtreder, wees de Voorzitter af. Dit deed hij omdat de justitiabelen, ten behoeve van wie artikel 80 is gegeven, daardoor er juist slechter aan toe zouden zijn, omdat zij een bankgarantie zouden moeten stellen, terwijl zij door het rechtsmiddel van verzet aan te wenden voorshands zouden zijn gevrijwaard tegen invordering van de kosten, zonder dat die maatregelen hun zouden zijn opgelegd.⁹⁰ Stellinga vraagt zich terecht af, of deze materiële grond tot afwijzing wel een houdbaar criterium is bij het toepassen van artikel 80.⁹¹

Overigens kan bedoeld probleem zich eveneens voordoen bij de gewone rechter, als verzet wordt aangetekend tegen het dwangbevel, welk verzet schorsende werking heeft. Als de AROB-rechter nog geen (eind-)uitspraak heeft gedaan over de bevoegdheidsvraag van bestuursdwang, zal de burgerlijke rechter wellicht een tussenvonnis over het verzet uitspreken of zijn uitspraak aanhouden tot dat wel gebeurd is. Ook deze rechter zal vanwege het feit dat de verhaalsmogelijkheden kunnen gaan ontbreken, bij zijn oordeel dus uiterst voorzichtig te werk dienen te gaan. Het zou wenselijk zijn dat hij in uitzonderlijke gevallen, bij zijn tussenvonnis of aangehouden uitspraak, van de overtreder zekerheidsstelling kan vorderen. Het is echter de vraag of dit in het systeem van het burgerlijk procesrecht past.

In dit verband verwijs ik tenslotte naar blz. 210, waar aandacht is besteed aan de opheffing van de schorsende werking van het verzet.

10.6 De kostenverhaalsregeling, zoals voorgesteld door de Werkgroep Herziening Gemeentewet

Met de voorgestelde kostenverhaalsregeling kan ik in grote lijnen instemmen. De bevoegdheid tot kostenverhaal is redactioneel losgemaakt van de bevoegdheid tot bestuursdwang, waar artikel 125 spreekt over de bevoegdheid tot bestuursdwang en artikel 131, lid 1, over de kosten verbonden aan de toepassing van bestuursdwang. Volgens artikel 130, eerste lid, tweede volzin, dient de overtreder, bij de mededeling van het besluit tot toepassing van bestuursdwang, gewezen te worden op artikel 131, ingevolge hetwelk de mogelijkheid bestaat dat de kosten door hem verschuldigd zijn. Dit maakt 'nog

eens duidelijk dat er met betrekking tot de verschuldigdheid van kosten sprake is van een verbintenis uit de wet, waartegen geen Aroberoep kan worden ingesteld'.⁹² Ik deel overigens de mening van Teunissen,⁹³ waar hij stelt dat - om uit te laten komen dat het gaat om een verbintenis uit de wet - het juister zou zijn, de woorden 'de mogelijkheid bestaat dat' (en 'zullen') te schrappen. Nu die passage echter waarschijnlijk is ingegeven door het feit dat de AROB-rechter zich momenteel met het kostenverhaal inlaat en men deze ongewenste situatie wil doorbreken door in de mededeling slechts te spreken over de mogelijkheid van kostenverhaal, waarover op het moment van de mededeling nog geen besluit is genomen, kan ik mij daarmee wel verenigen. Voorts wordt in de Memorie van toelichting uitdrukkelijk gesteld, dat het gemeentebestuur niet verplicht is tot kostenverhaal.⁹⁴

Tevens worden blijkens het tweede lid van artikel 131, onder de kosten begrepen: 'de kosten verbonden aan het voorbereiden en treffen van maatregelen in het kader van de toepassing van een door de opheffing van de onwettige situatie niet nodig gebleken en derhalve niet voltooide bestuursdwang, voor zover de kosten gemaakt zijn na het tijdstip waarop de termijn bedoeld in artikel 130, eerste lid (lees: tweede lid - H.S.), is verstreken.' Hierdoor wordt voldaan aan de wens om de kosten van bestuursdwang, die op het nippertje niet doorging, te kunnen verhalen.⁹⁵ Aan het begrip 'kosten' is in de tekst verder niet gesleuteld, zij het dat volgens de Memorie van toelichting dit begrip ruim moet worden uitgelegd.⁹⁶

In artikel 132 is het huidige systeem van invordering bij dwangbevel gecontinueerd. Nieuw is de bepaling, dat de rechter op verzoek van de gemeente de schorsing van de tenuitvoerlegging kan opheffen.⁹⁷ Tevens verdient het echter aanbeveling, te bepalen dat de rechter bij de verzetsprocedure, bijvoorbeeld als hij een tussenvonnis uitspreekt of zijn oordeel aanhoudt totdat over de bevoegdheid tot bestuursdwang een in rechte onaantastbaar besluit is genomen, zekerheidsstelling kan bevelen.

In artikel 126, tweede lid, is aan het gemeentebestuur terecht het recht van retentie op de opgeslagen goederen verleend.⁹⁸ Abusievelijk is in de Memorie van toelichting bij artikel 126 en 133 aangehaald dat dit recht in artikel 126, derde lid, is toegekend, evenzo als daarin bij artikel 126 gesproken wordt over een vierde lid, terwijl dit het derde lid moet zijn.

Verder zijn het recht van parate executie en het recht om zonder toestemming van de eigenaar tot vernietiging van de meegevoerde casu

quo opgeslagen goederen over te gaan, verleend. Deze rechten, die overigens in het ontwerp geclausuleerd zijn, werden tot nu toe node gemist.⁹⁹ In de ontwerp-tekst wordt in artikel 133, tweede lid, eerste volzin, overigens gesproken over artikel 125, eerste lid, terwijl bedoeld moet zijn 131, eerste lid.¹⁰⁰

Opvallend is, dat noch in het ontwerp, noch in de toelichting daarop, aandacht is besteed aan de problemen bij het kostenverhaal als de overtreder in staat van faillissement wordt verklaard. Naar ik eerder stelde, zou het aanbeveling verdiend hebben, in de Gemeentewet ten behoeve van die kosten een privilege toe te kennen.¹⁰¹

Rest hier nog een opmerking. In artikel 131, eerste lid, is bepaald dat de overtreder de kosten, verbonden aan de toepassing van bestuursdwang, verschuldigd is, tenzij de kosten redelijkerwijze niet te zijnen laste behoren te komen. De Memorie van toelichting zegt daarover, dat 'het denkbaar (is) dat de kosten niet verschuldigd zijn door de overtreder, bijvoorbeeld wegens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Wanneer de kosten redelijkerwijze niet ten laste van de overtreder behoren te komen, zal de overtreder de kosten niet verschuldigd zijn'.¹⁰² Deze motivering acht Van Zanten nogal sober,¹⁰³ terwijl Teunissen¹⁰⁴ meent dat de in de Memorie van toelichting bedoelde opvatting niet juist is, omdat de 'verbintenis tot betaling van de politiedwangkosten . . . immers alleen (ontstaat) indien en nadat politiedwang rechtmatig is en dan van rechtswege. Een beroep op rechtvaardigingsgronden gaat dus niet op'.

Teunissen heeft in zoverre gelijk, dat door een rechtmatige toepassing van bestuursdwang in principe een verbintenis uit de wet ontstaat. Zoals ik eerder betoogd heb,¹⁰⁵ is daarmee echter niet gegeven dat de kosten ook altijd verhaalbaar zijn op de overtreder als deze een schulditsluitings- of rechtvaardigingsgrond heeft ten aanzien van de niet-nakoming van zijn (basis)verplichting. De vraag rijst, of dit beginsel in de wet moet worden neergelegd, en zo ja, of in de nieuwe redactie dan bepaald moet worden dat in dat geval geen verbintenis ontstaat, zoals het ontwerp voorstelt, of dat de nakoming van de 'betalplicht' niet afgedwongen kan worden. Ik ben van opvatting, dat het beginsel vanwege de duidelijkheid en uit een oogpunt van rechtszekerheid in de wet dient te worden vastgelegd en dat dit zodanig moet geschieden, dat wel een verbintenis ontstaat, maar dat de betaalplicht niet kan worden afgedwongen. Hoewel dat praktisch¹⁰⁶ niet zo veel consequenties zal hebben, is het voor sommige casus wenselijk dat een verbintenis ontstaat. Bij bijvoorbeeld verscheidene overtreders, van wie er één een schulditsluitingsgrond

heeft, is dan kostenverhaal op de overige overtreders mogelijk.

Overigens is een redactie, zoals de Werkgroep Herziening Gemeentewet voorstelt, aanmerkelijk te ruim, nu zij inhoudt, dat er geen verbintenis ontstaat als de kosten redelijkerwijze niet ten laste van de overtreder behoren te komen. Er zou, lijkt mij, echter in alle omstandigheden - behalve als er sprake is van een schulduitsluitings- of rechtvaardigingsgrond - uit de wet een verbintenis moeten ontstaan. Zou er in bepaalde gevallen aanleiding bestaan om aan te nemen dat de overheid in redelijkheid niet tot het op die verbintenis steunende besluit tot kostenverhaal had kunnen komen, dan kan dat besluit (zoals elk ander besluit van een overheidsorgaan) wegens strijd met het willekeurbeginsel worden aangetast. Van Zanten merkt op, dat de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of het dwangbevel in redelijkheid kon worden uitgevaardigd, vrij strenge maatstaven aanlegt. Ik deel zijn mening, dat die strenge beoordeling in dit soort situaties van eminent bestuurlijk belang is, omdat niemand ermee gediend is 'dat er straks legio processen komen over de redelijkheid van uitgeoefend verhaal, en dat er dientengevolge onzekerheid ontstaat rond optreden met . . . (bestuursdwang) vanwege vrees voor de verhaalbaarheid van de te maken kosten'.¹⁰⁷

Overigens is het niet nodig, het willekeurbeginsel uitdrukkelijk in de Gemeentewet op te nemen, omdat het - ook zonder dat het expliciet genoemd wordt - geldt en door de rechters rechtstreeks wordt toegepast. Naar mijn mening ware artikel 131, lid 1, daarom zodanig te wijzigen, dat de overtreder de kosten van bestuursdwang verschuldigd is, tenzij hij een schulduitsluitings- of rechtvaardigingsgrond heeft ten aanzien van de niet-nakoming van de verplichting. Het risico is in die gevallen weer wel voor rekening van de overtreder, indien de in het verkeer geldende opvattingen dit met zich meebrengen.¹⁰⁸

Hoofdstuk 1

- ¹ Zie paragraaf 2.1.
- ² Andere oplossingen worden bijvoorbeeld gezocht in het afsluiten van gas, elektriciteit en water en door gebruik te maken van privaats- en strafrechtelijke middelen (vgl. hoofdstuk 9).
- ³ HR, 9 november 1973; *NJ*, 1974, nr. 91.
- ⁴ Vergadering van de Minister van Justitie met de Presidenten van de Rechtbank te 's-Gravenhage gehouden op 25 november 1974. Aan de hand van notities d.d. november 1975 van H. F. van den Haak, President van de Rechtbank te Haarlem, is een positief advies uitgebracht bij brief van 3 februari 1976. Zie over een en ander ook J. H. Blaauw, 'Enige vragen met betrekking tot het kort geding in burgerlijke en administratieve zaken', *NJB*, 1981, blz. 329 e.v.
- ⁵ Daarbij is o.a. ook een rechtsvergelijkend onderzoek ingesteld naar het instrument bestuursdwang in België, de Bondsrepubliek Duitsland en Frankrijk.
- ⁶ H. A. W. Snijders, *Eerste rapport van het onderzoek naar door de gemeenten ondervonden problemen in het kader van politiedwang*, met bijlagen, Nijmegen, 1979.
- ⁷ H. A. W. Snijders, *Rapport van het onderzoek naar door de gemeenten ondervonden problemen in het kader van politiedwang*, met bijlagen, Nijmegen, 1980.
- ⁸ *De gemeentewet herzien*, voorlopig ontwerp, deel 1, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1967; *De gemeentewet herzien*, voorlopig ontwerp, deel 2, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1971.
- ⁹ Werkgroep Herziening Gemeentewet, *Eindrapport* van 20 oktober, 1980, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1980.
- ¹⁰ Nadien verschenen literatuur en gepubliceerde jurisprudentie konden slechts bij hoge uitzondering worden verwerkt. Dit is dan in de noten gebeurd.

Hoofdstuk 2

- ¹ Zie artikel 63, lid 1, onder c, dat, evenals andere bepalingen over raadscom-

- missies, bij de wet van 9 juli 1964, Stb. 256, is ingevoerd.
- ² Bijv. artikel 4, lid 5, van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen; artikel 58 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening; artikelen 32, 33 en 91 van de Woningwet.
 - ³ G. Polak Daniëls, *Eenige Opmerkingen over Art. 180 der Gemeentewet*, Leiden, 1876, blz. 7.
 - ⁴ *GS*, 5275.
 - ⁵ W. R. B. de Roos, *Praktijk der Provinciale Wet*, Leiden, 1912, blz. 94 e.v.
 - ⁶ Vgl. o.a. B. de Goede, *Beeld van het Nederlands bestuursrecht*, 's-Gravenhage, 1979, blz. 194; W. F. Prins, *Politiedwang*, prae-adviezen uitgebracht door W. F. Prins en H. D. van Wijk, VAR-geschrift XXIX, Haarlem, blz. 3; H. D. van Wijk en W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, 's-Gravenhage, 1979, blz. 127.
 - ⁷ Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 9.
 - ⁸ Vgl. o.a. A. M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, I, Algemeen deel, Alphen a/d Rijn, 1974, blz. 322; T. Koopmans, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, 1976, blz. 133. Uitzonderingen in bepaalde wetteksten, bijv. artikel 209 van de Gemeentewet.
 - ⁹ Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 127.
 - ¹⁰ Vgl. bijv. artikel 210 van de Gemeentewet; uitzonderingen o.a. artikel 49 van de Luchtvaartwet.
 - ¹¹ Vgl. bijv. artikelen 28 en 35 van de Politiewet.
 - ¹² Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 128.
 - ¹³ Vgl. bijv. het rapport *Politietoezicht Woonwagencentra* van de Werkgroep Politietoezicht Woonwagencentra, ingesteld door de Centrale Politie Surveillance Commissie, 's-Gravenhage, 1980, blz. 30 e.v. Zie ook noot 12.
 - ¹⁴ Zie noot 9.
 - ¹⁵ C. van Vollenhoven, *Staatsrecht overzee*, Leiden-Amsterdam, 1934, blz. 267 e.v.
 - ¹⁶ J. R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands administratief recht*, met medewerking van B. J. van der Net, Zwolle, 1973, blz. 3 e.v.
 - ¹⁷ Donner, *a.w.*, blz. 324.
 - ¹⁸ H. J. Romeyn, *Hand- en Leerboek*, met medewerking van J. M. C. Romeyn, Eerste deel, Algemeen gedeelte, tweede stuk, Den Haag, 1939, blz. 30; F. A. M. Stroink (*Rapport inventarisatie deconcentratie*, Zwolle, 1977, blz. 2 en 26, en *Het leerstuk der deconcentratie*, 's-Gravenhage (z.j.), blz. 75 e.v.) maakt ter verkrijging van inzicht in de verschillende bevoegdheden van gedeconcentreerde ambten een onderscheid tussen politie en bestuur, hoewel hij toegeeft dat daartussen geen principieel juridisch verschil bestaat.
 - ¹⁹ Zie blz. 35.
 - ²⁰ Vgl. Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 12.
 - ²¹ Zie bijv. W. Duk, 'De bestuurder als toepasser van sancties', in: *Bestuursrecht en bestuurswerkelijkheid*, Deventer, 1977, blz. 63; De Goede, *a.w.*, blz. 194; P. de Haan, Th. G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat; instrument en waarborg*, Deventer, 1978, blz. 55; W. van

- Ham-Wagner, in: *Praktijkboek administratief recht*, onder redactie van N. S. J. Koeman, V.2.4, Deventer, blz. V.9; J. W. van Zundert, *Overheidsbestuur en grondeigendom*, Alphen a/d Rijn, 1980, blz. 213; ook de regering bedient zich sporadisch van deze term. Zie bijv. Tweede Kamer, zitting 1979 - 1980, 15027, nr. 11, blz. 16.
- ²² Werkgroep Herziening Gemeentewet, *Eindrapport* van 20 oktober 1980, 's-Gravenhage, 1980. Het rapport bevat een brief, een Ontwerp-Gemeentewet en een Memorie van toelichting. Zie Memorie van toelichting, blz. 58, en Ontwerp-Gemeentewet, paragraaf 4.
- ²³ Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 15442, nr. 13, blz. 5, en nr. 17, blz. 1.
- ²⁴ Vgl. artikel 14 van het gewijzigd ontwerp van de Leegstandswet, Tweede Kamer, zitting 1979 - 1980, 15442, nr. 10.
- ²⁵ Bijv. kopje boven artikel 67 van de Wet Autovervoer Personen.
- ²⁶ Vgl. blz. 111 e.v.
- ²⁷ O.a. in het NOS-radioprogramma 'Met het oog op morgen' d.d. 9 april 1980. Zie ook J. H. A. Logemann, *Over de theorie van een stellige staatsrecht*, Leiden, 1948, blz. 80, die spreekt over handhavingsdwang; en Van Vollenhoven, *a.w.*, blz. 270, die de woorden 'gereede dwang' gebruikt.
- ²⁸ Vgl. blz. 36.
- ²⁹ Bijv. artikelen 14 van de Keurenwet, 11 van de Bevoegdhedenwet, 10 van de Rivierenwet, 116 van de Provinciewet, 90 van de Wet inzake de Luchtverontreiniging.
- ³⁰ Bijv. De Goede, *a.w.*, blz. 194; De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 55; P. J. Oud, *Handboek van het Nederlands Gemeenterecht*, deel II, Zwolle, 1959, blz. 446; C. W. van der Pot, *Handboek van het Nederlands Staatsrecht*, bewerkt door A. M. Donner, Zwolle, 1977, blz. 397; J. C. Schroot, M. van Vliet en N. Wijma, *Begrip van de Nederlandse gemeente*, deel 3, Alphen a/d Rijn, 1979, blz. 356; J. R. Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlands staatsrecht*, Algemeen gedeelte, en Bevoegdheden en verplichtingen der overheidsorganen, Zwolle, 1953, blz. 369.
- ³¹ Van Dale, *Groot woordenboek der Nederlandse Taal*, door C. Kruyskamp, deel I, 's-Gravenhage, 1970, blz. 221.
- ³² Vgl. A. Mulder, *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, prae-adviezen uitgebracht door A. D. Belinfante en A. Mulder, VAR-geschrift XXXVI, Haarlem, blz. 59; Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 4.
- ³³ J. B. J. M. ten Berge en F. A. M. Stroink, *Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, losbladig, Alphen a/d Rijn, Jur. III, blz. 953.
- ³⁴ Anders: M. M. van Praag, 'Nabetrachting over de institutie van de politiedwang', *BW*, 1955, blz. 26 e.v.
- ³⁵ Bijlagen tot het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal 1850 - 1851, Bijlagen, 101ste vel, blz. 395; zie ook W. Franken, *De Gemeentewet met de daarover, vooral in de Tweede Kamer der Staten-Generaal, gewisselde stukken en gehouden beraadslagingen*, Nijmegen, 1851, blz. 343.
- ³⁶ Het bestuur zal, bij afweging van alle daarbij betrokken belangen, in rede-

- lijkheid tot het besluit hebben kunnen komen om bestuursdwang toe te passen. Een van de punten van afweging zal in deze situaties moeten zijn: de waarschijnlijkheid dat de overtreding zal worden begaan. Zie ook J. H. A. Logemann, *Het staatsrecht van Indonesië*, Den Haag-Bandoeng, 1955, blz. 122, die zegt dat bij dwang tot voorkoming van rechtsbreuk redelijkerwijs aanneemelijk moet zijn dat zulk een inbreuk inderdaad dreigt.
- ³⁷ HR, 20 juni 1969; *AB*, 1969, blz. 652, en *NJ*, 1969, nr. 347.
- ³⁸ Artikel 224 luidde: 'Het is verboden in enig perceel of perceelsgedeelte waarover men de beschikking heeft, hetzij bij herhaling, hetzij uit winstbejag a) aan anderen de gelegenheid te geven onderling ontuchtige handelingen te plegen; b) toe te laten of te dulden personen, die met het kennelijke doel om tot het plegen van ontucht uit te lokken dit perceel of perceelsgedeelte bezoeken.'
- ³⁹ Vgl. blz. 111 e.v.
- ⁴⁰ Vgl. blz. 39 e.v.
- ⁴¹ Zie bijv. Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 128.
- ⁴² Vgl. blz. 18.
- ⁴³ Vz. Afd. Rechtspraak, 11 maart 1980; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 949 e.v.; en *AB*, 1980, nr. 449.
- ⁴⁴ Vz. Afd. Rechtspraak, 2 februari 1978; *GS*, 6507, blz. 235.
- ⁴⁵ O.a. Vz. Afd. Rechtspraak, 16 februari 1981; *OB*, 1981, III.2.2.7; en Vz. Afd. Rechtspraak, 5 maart 1981; *OB*, 1981, III.2.2.7.
- ⁴⁶ Zie o.a. ook Ten Berge en Stroink, *a.w.*, blz. 954, waar zij stellen dat de constructie van de Voorzitter niet logisch is.
- ⁴⁷ Bijv. De Goede, *a.w.*, blz. 194; A. H. A. Lutters, *Gedeputeerde Staten, hun taken en bevoegdheden*, 's-Gravenhage, 1977, blz. 192; Stellinga, *a.w.* (1953), blz. 364.
- ⁴⁸ Zie artikel 152 respectievelijk 210 van de Gemeentewet.
- ⁴⁹ Vgl. De Goede, *a.w.*, blz. 196; E. H. 's Jacob, *AA*, november 1961, (antwoord op rechtsvraag 62), blz. 43; E. H. A. Kocken, *Het vergunningstelsel in de Hinderwet en de Woningwet*, Alphen a/d Rijn, 1966, blz. 114; C. A. J. M. Kortmann, *AA*, oktober 1976, blz. 546; Oud, *a.w.*, deel II, blz. 455; H. D. van Wijk, *Politiedwang*, prae-adviezen uitgebracht door W. F. Prins en H. D. van Wijk, VAR-geschrift XXIX, Haarlem, blz. 86 e.v.
- Anders: o.a. M. M. van Praag, 'Het opportuniteitsbeginsel bij de toepassing van het Administratief recht', *NJB*, 1950, blz. 758; zie ook N. S. J. Koeman, *Bestemmingsplan en privaatrecht*, Deventer, 1974, blz. 198.
- ⁵⁰ Soms echter verplicht de wettekst tot het toepassen van (een bepaalde vorm van) bestuursdwang. Zie bijv. artikel 13 van de Leegstandwet.
- ⁵¹ F. H. van der Burg en G. J. M. Cartigny, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, Utrecht, 1980, blz. 123.
- ⁵² Zie noot 49.
- ⁵³ Deze argumenten vloeien waarschijnlijk voort uit zijn opvatting dat de functie van de administratie ter zake van bestuursdwang analoog is aan die van de strafrechter.
- ⁵⁴ HR, 12 maart 1971; *NJ*, 1971, nr. 265. Zie daarover ook Duk, 'De bestuur-

- der als toepasser van sancties', *t.a.p.*, blz. 63.
- ⁵⁵ Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch, 21 april 1964; *NJ*, 1965, nr. 231. Zie daarover ook H. A. Groen, *Overheidsvergunning en onrechtmatige daad*, Deventer, 1977, blz. 68 e.v.
- ⁵⁶ HR, 28 februari 1975; *AB*, 1975, nr. 128. Zie ook HR, 13 mei 1977; *AB*, 1977, nr. 283.
- ⁵⁷ O.a. Afd. Rechtspraak, 29 augustus 1978; *GS*, 6528, blz. 468. Zie ook diverse uitspraken aangehaald in hoofdstuk 8.
- ⁵⁸ O.a. artikel 122 van *De gemeentewet herzien*, voorlopig ontwerp, deel 2, van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, 's-Gravenhage, 1971; artikel 125 van de Ontwerp-Gemeentewet, *t.a.p.*
- ⁵⁹ Vlg. blz. 121 e.v.
- ⁶⁰ Soms wordt in de wet een verplichting opgenomen, zo bijv. artikel 13 van de Leegstandswet. Zie daarover Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 15442, nr. 13, blz. 6.
- ⁶¹ Bijv. De Goede, *a.w.*, blz. 194; De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 55; Stellinga, *a.w.* (1953), blz. 364; W. Duk, R. W. L. Loeb en P. Nicolaï, *Bestuursrecht*, Amsterdam (z.j.), blz. 343.
- ⁶² Bijlagen tot het verslag der Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal 1850 - 1851, Bijlagen 136ste vel, blz. 523; zie ook Franken, *a.w.*, blz. 344.
- ⁶³ J. Oppenheim, *Het Nederlands Gemeenterecht*, bewerkt door C. W. van der Pot, tweede deel, Haarlem, 1928, blz. 105; M. M. van Praag, *Algemeen Nederlands administratief recht*, 's-Gravenhage, 1950, blz. 32; Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 12; Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 358; Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 122.
- ⁶⁴ Zie artikel 122 van het voorlopig ontwerp, *t.a.p.*
- ⁶⁵ Zie artikel 125, juncto 131, van de Ontwerp-Gemeentewet, *t.a.p.*
- ⁶⁶ Oppenheim, *a.w.*, tweede deel, blz. 105.
- ⁶⁷ Gerechtshof Amsterdam, 27 november 1891, W 6163.
- ⁶⁸ Bijv. N. W. van den Brandhof, *Het recht van politiedwang*, Leiden, 1924, blz. 12; Oud, *a.w.*, deel II, blz. 446.
- ⁶⁹ De Goede, *a.w.*, blz. 194.
- ⁷⁰ Stellinga, *a.w.* (1953), blz. 364; Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 121.
- ⁷¹ Zie blz. 39 e.v.
- ⁷² Zie noot 35.
- ⁷³ Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 5 e.v.
- ⁷⁴ Opvallend is, dat deze opvatting in o.a. de landen België en Frankrijk, behalve in gevallen van 'urgence', niet aangehangen wordt.
- ⁷⁵ HR, 11 maart 1929, W 11977.
- ⁷⁶ J. J. Oostenbrink, *Kanttekeningen bij de wetmatigheid van het bestuur*, rede, Amsterdam, 1978, blz. 21, meent dat de praktijk en de heersende leer op dit punt soms op gespannen voet staan met het zogenaamde exclusiviteitspostulaat, dat voor de wetmatigheid van het bestuur van belang is. Zie ook F. W. ter Spill en A. Q. C. Tak, *Onwetmatig bestuur*, prae-advies uitgebracht door

- F. W. ter Spill en A. Q. C. Tak, VAR-geschrift LXXXVI, Alphen a/d Rijn, 1981, blz. 32.
- ⁷⁷ Zie bijv. Hof Amsterdam, 27 november 1891, W 6163; en Rechtbank Amsterdam, 29 oktober 1889, W 5817.
- ⁷⁸ HR, 12 maart 1971; *NJ*, 1971, nr. 265.
- ⁷⁹ HR, 28 februari 1975; *AB*, 1975, nr. 128.
- ⁸⁰ Bijv. Afd. Rechtspraak, 9 december 1977; *AB*, 1978, nr. 76. Zie ook bijv. Afd. Rechtspraak, 15 januari 1980; *AB*, 1980, nr. 229, waarin sprake is van de aan Burgemeester en Wethouders in artikel 210 Gemeentewet toegekende bevoegdheid.
- ⁸¹ Bijv. Afd. Rechtspraak, 7 oktober 1977; *AB*, 1978, nr. 77.
- ⁸² Zie bijv. Afd. Rechtspraak, 11 november 1980; *AB*, 1981, nr. 208; zie ook bijv. Afd. Rechtspraak, 3 oktober 1979; *AB*, 1980, nr. 247; en Afd. Rechtspraak, 5 november 1979; *AB*, 1980, nr. 299, waarin gesproken wordt van: B & W zijn op grond van artikel 152 van de Gemeentewet bevoegd.
- ⁸³ Zie blz. 76 e.v.
- ⁸⁴ Zie noot 62.
- ⁸⁵ Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 6.
- ⁸⁶ O.a. Van den Brandhof, *a.w.*, blz. 13 e.v.; Oppenheim, *a.w.*, tweede deel, blz. 106.
- ⁸⁷ O.a. J. W. H. M. van Idsinga, 'De Administratieve Rechtspraak. Kanttekeningen op de Tweede Bijdrage van de Heeren Röell en Oppenheim, tot regeling der Administratieve Rechtspraak', Rotterdam, 1902, blz. 11; V. K. L. van Os, *Aanteekening op Artikel 180 Der Gemeentewet*, Amsterdam, 1887, blz. 19; Van Praag, 'Nabetrachting over de institutie van de politiedwang', *t.a.p.*, blz. 22 e.v.
- ⁸⁸ O.a. A. R. van Arntzenius, 'Nieuwe geschriften over administratieve rechtspraak', *Themis*, 1902, blz. 484; Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 64 e.v.
- ⁸⁹ Zie uitgebreider op blz. 57 e.v.
- ⁹⁰ Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 23 e.v.
- ⁹¹ Idem, blz. 30 e.v.
- ⁹² Idem, blz. 30.
- ⁹³ Afd. Rechtspraak, 15 januari 1980; *AB*, 1980, nr. 229.
- ⁹⁴ Arrondissementsrechtbank Den Haag, 17 mei 1949; *NJ*, 1950, nr. 419.
- ⁹⁵ O.a. J. J. Oostenbrink, 'Controle op de naleving en strafrechtelijke aspecten', *BR*, 1970, blz. 525; H. D. van Wijk, 'Straf en politiedwang', *NG*, 1951a, blz. 233 e.v.
- ⁹⁶ Soms kan ook de strafrechter zich met bestuursdwang bezighouden; zo bijv. bij een uitspraak over de strafbaarheid van plaatsgevonden verzet door de overtreder tegen een onwettige bestuursdwangtoepassing.
- ⁹⁷ Vgl. o.a. artikel 42, lid 2, van de Wet op de Lijkbezorging.
- ⁹⁸ HR, 9 november 1973; *NJ*, 1974, nr. 91.
- ⁹⁹ Zie blz. 154.
- ¹⁰⁰ De besturende overheid wordt vaak toch als 'partij' ervaren.
- ¹⁰¹ J. A. M. van Angeren, *De sanctionering van het administratief recht*, prae-

adviezen uitgebracht door J. A. M. van Angeren en Th. J. C. Verduin, VAR-geschrift LXVI, Groningen, 1971, blz. 6 e.v. en 32 e.v.

¹⁰² Vgl. in dit verband overigens artikel 80, tweede lid, juncto 60d, van de Wet op de Raad van State.

¹⁰³ Zie ook J. Wessel, *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van de pre-adviezen van Van Angeren en Verduin*, VAR-geschrift LXVIII, Groningen, 1972, blz. 25.

¹⁰⁴ Zie ook A. D. Belinfante, *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van de pre-adviezen van Van Angeren en Verduin*, VAR-geschrift LXVIII, Groningen, 1972, blz. 52.

Overigens acht men in België en Frankrijk, waar een algemene bevoegdheid om bestuursdwang, zonder rechterlijk vonnis, toe te passen niet erkend wordt, het bestuur tot bestuursdwang - zonder voorafgaande rechterlijke toestemming - bevoegd indien urgentie aanwezig is.

¹⁰⁵ Bijv. Afd. Rechtspraak, 24 november 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 546; en Afd. Rechtspraak, 15 januari 1980; *AB*, 1980, nr. 229. Zie ook noot 27 bij hoofdstuk 6.

¹⁰⁶ Bijv. artikel 20 van de Wet op de Economische Delicten; artikel 101 van de Woningwet; artikel 64 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening.

¹⁰⁷ H. J. Romeyn, *a.w.*, blz. 202.

¹⁰⁸ Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 12.

¹⁰⁹ Een enger begrip hanteert ook A. Mulder, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 67, die een wegnemen van hetgeen in strijd met een verbod tot stand kwam, geen maatregel vindt welke tot bestuursdwang mag worden gerekend.

¹¹⁰ HR, 30 maart 1903; *WvR*, 7910.

¹¹¹ A. D. Belinfante, *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, prae-adviezen uitgebracht door A. D. Belinfante en A. Mulder, VAR-geschrift XXXVI, Haarlem, blz. 24.

¹¹² Vgl. blz. 121. Zie overigens over deze vorm van aanschrijving o.a. S. L. Kornelis, 'Aanschrijvingen. De aanschrijving tot het treffen van voorzieningen en de aanschrijving tot het aanbrengen van verbeteringen', *WPNR*, 1980, 5521, blz. 385 e.v., en 5522, blz. 401 e.v.

Hoofdstuk 3

¹ Oud, *a.w.*, deel II, blz. 448; Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 69.

² Bijv. artikel 221 van de Gemeentewet.

³ Bijv. HR, 6 februari 1939; *AB*, 1939, blz. 914; KB, 7 juli 1932, S 330.

⁴ Vgl. o.a. Oppenheim, *a.w.*, tweede deel, blz. 93; Oud, *a.w.*, deel II, blz. 331; zie ook o.a. HR, 11 januari 1926; *NJ*, 1926, blz. 145.

⁵ Zie artikel 211 van de Gemeentewet.

⁶ Vgl. Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 360.

⁷ Uitsluiting kan bij wettelijk voorschrift of bij het overdrachtsbesluit zelf geschieden.

- ⁸ Zie blz. 28 e.v.
- ⁹ Bijv. artikel 150 van *De gemeentewet herzien (a.w.)*.
- ¹⁰ J. M. H. F. Teunissen, 'Dwangsom als aanvulling op politiedwang gewenst', *NG*, 1980a, blz. 303.
- ¹¹ Vz. Afd. Rechtspraak, 26 mei 1977; *AB*, 1977, nr. 378.
- ¹² Vz. Afd. Rechtspraak, 14 december 1978; *OB*, 40177, rubriek III.2.2.7.
- ¹³ Zie voor een door de AROB-rechter 'geaccepteerde' overdracht: Afd. Rechtspraak, 11 augustus 1981; *AB*, 1982, nr. 128.
- ¹⁴ Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 360.
- ¹⁵ Vgl. o.a. G. van den Berg, 'De gemeentelijke bestuursorganen', in: *Gedenkboek Gemeentewet 1851 - 1951*, 's-Gravenhage, 1951, blz. 160.
- ¹⁶ Zie noot 15. Vgl. o.a. J. W. A. C. van Loenen, *De Gemeentewet en haar toepassing*, onder eindredactie van M. Troostwijk, bewerkt door G. O. Bouma, J. L. Buysse en J. W. A. A. Kruijsse, documentatie G. J. Verburg, Alphen a/d Rijn, 1959 (losbladige editie), blz. 210-7. Zie ook: Oud, *a.w.*, deel II, blz. 448; Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 69; Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 361.
- ¹⁷ Of men het woord 'bepaaldelijk' nu interpreteert als 'met zoveel woorden' of 'uitdrukkelijk' of iets dergelijks, of dat daaronder verstaan wordt dat uit de aard der te nemen beslissing volgt dat een bepaald orgaan de beslissing neemt, doet in dit verband niet ter zake. Het orgaan dat met de uitvoering is belast, is ook bevoegd om bestuursdwang toe te passen. Een principiële 'loskoppeling' van beide taken kan alleen wettelijk gebeuren. Een andere mening zou indruisen tegen de geldende opvatting dat in de bevoegdheid tot uitvoering van wettelijke voorschriften besloten ligt de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen.
- ¹⁸ In de bijzondere wetgeving in formele zin kan daarvan natuurlijk worden afgeweken.
- ¹⁹ Zie ook o.a. Oud, *a.w.*, deel II, blz. 99.
- ²⁰ Vgl. P. van Zanten, 'Naar een nieuwe Gemeentewet', *GS*, 6655, blz. 188; Raad voor het Binnenlands Bestuur, *Advies inzake Herziening Gemeentewet*, 's-Gravenhage, 1981, blz. 28.
- ²¹ Zie ook J. B. J. M. ten Berge, *Decentraliseren met commissies*, 's-Gravenhage, 1978, blz. 273.
- ²² Vgl. Donner, *a.w.*, blz. 318.
- ²³ In het overdrachtsbesluit kan immers altijd een beperking worden aangebracht.
- ²⁴ Voorlopig ontwerp, deel 2, *t.a.p.*, blz. 34.
- ²⁵ Het voorlopig ontwerp, deel 2, *t.a.p.*, dateert van 1971. De bepalingen over commissies zijn in 1964 gewijzigd.
- ²⁶ Tweede Kamer, zitting 1963 - 1964, 6627, nr. 5, MvA, II, blz. 5.
- ²⁷ In het door de Staatsuitgeverij gepubliceerde rapport ontbreekt het woordje 'dan', waardoor een onbegrijpelijke zin ontstaat, maar uit de toelichting (Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 110), blijkt dat deze bevoegdheid aan commissies kan worden toegekend. Deze

- zetfout is hersteld bij de rondzendbrief d.d. 24 maart 1981, nr. B81/U768, onderwerp Herziening Gemeentewet, van de Minister van Binnenlandse Zaken aan de Gemeentebesturen; zie bijlage 2 onder 2.
- ²⁸ Zie noot 20.
- ²⁹ Idem.
- ³⁰ Zie blz. 74 e.v.
- ³¹ Vgl. Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 361.
- ³² Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 110.
- ³³ Mij zijn uit de jurisprudentie overigens geen gevallen bekend waarbij een dergelijke handelwijze niet geaccepteerd werd. Bovendien is delegatie aan ambtenaren krachtens artikel 211 van de Gemeentewet ook thans mogelijk, maar alleen voor zover het autonome verordeningen betreft.
- ³⁴ Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 48.
- ³⁵ *Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht*, Groningen, 1973, blz. 46.
- ³⁶ Idem, blz. 37.
- ³⁷ KB, 10 oktober 1967; *OB*, 1968, rubriek XVII.5, 26910.
- ³⁸ 'Mandaatverlening door colleges', *GS*, 6030.
- ³⁹ Zie o.a. artikel 22 van het ontwerp van wet, Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 16538, nrs. 1-2.

Hoofdstuk 4

- ¹ Vgl. de artikelen 169 en 220 van de Gemeentewet.
- ² Van Wijk (Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 69) meent: Burgemeester en Wethouders; anders: Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 362 e.v.
- ³ O.a. Oud (*a.w.*, deel II, blz. 543) en Schroot, Van Vliet en Wijma (zie noot 2) vinden van niet.
- ⁴ Vgl. o.a. Van Loenen, *a.w.*, blz. 210-217; zie ook Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 363.
- ⁵ Zie artikel 116 van de Provinciewet.
- ⁶ Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 59.
- ⁷ Onder voorwaarde wordt hier verstaan de zogenaamde verplichtende voorwaarde.
- ⁸ Geoorloofd achten het o.a. Donner, *a.w.*, blz. 262; Oud, *a.w.*, deel II, blz. 455; H. D. van Wijk, 'Straf en politiedwang. Politiedwang tot nakoming van voorwaarden aan een beschikking verbonden', *NG*, 1951b, blz. 349 e.v.; de commissie-ABAR, *a.w.*, blz. 97 e.v.
- Daartegen zijn o.a. De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 73 e.v.; C. W. van der Pot, *Nederlands Bestuursrecht*, Alphen a/d Rijn, 1932, blz. 225 e.v.; W. G. Vegting, *Het Algemeen Nederlands Administratief Recht*, eerste deel, Alphen a/d Rijn, 1954, blz. 370 e.v. en 419.
- ⁹ Uiteraard is dit wel van belang voor de concrete situatie. Bijvoorbeeld: is het beletten in een bepaald geval feitelijk mogelijk? Kan in een bepaalde situa-

- tie feitelijk wel verricht worden wat nagelaten is? Bovendien kan de vorm waarin bestuursdwang wordt toegepast, een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of bestuursdwang voldoet aan de beginselen van behoorlijk bestuur.
- ¹⁰ Anders: P. van Zanten, 'Naar een nieuwe Gemeentewet', *t.a.p.*, blz. 187, die stelt dat 'de jurisprudentie die vraag (of overtreding van een voorwaarde tot hantering van bestuursdwang kan leiden) positief beantwoordt', overigens zonder voor deze algemene stelling voorbeelden te noemen.
 - ¹¹ Bijv. HR, 5 december 1904; W 8152; 15 juni 1948; *NJ*, 1949, nr. 75; en 2 mei 1967; *NJ*, 1967, nr. 424.
 - ¹² Bijv. Afd. Rechtspraak, 14 november 1980; *AB*, 1981, nr. 282; zie ook Afd. Rechtspraak, 5 juni 1979; *BR*, 1979, blz. 694, en Afd. Rechtspraak, 14 augustus 1981; *GS*, 6705, blz. 142 e.v.
 - ¹³ Zie daarvoor blz. 121 e.v.
 - ¹⁴ Vgl. o.a. Donner, *a.w.*, blz. 257 e.v.; De Goede, *a.w.*, blz. 108; De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 274 e.v.; Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 67 e.v.
 - ¹⁵ In sommige gevallen ontleent het gehele vereiste van toestemming juist zijn waarde aan de mogelijkheid tot het stellen van voorwaarden. Zie Donner, *a.w.*, blz. 258.
 - ¹⁶ Vgl. Donner, *a.w.*, blz. 261.
 - ¹⁷ Vgl. Van Wijk, *t.a.p.* (1951b).
 - ¹⁸ W. G. Vegting, *a.w.*, blz. 361 e.v.
 - ¹⁹ De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 274.
 - ²⁰ Donner, *a.w.*, blz. 261.
 - ²¹ J. G. Steenbeek, *Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratiefrecht*, Assen, 1958, blz. 91 e.v.
 - ²² Zie ook J. Wessel, 'Recht voor bestuur en beleid', *BR*, 1979, blz. 361 e.v.
 - ²³ Vgl. Steenbeek, *a.w.* (1958), blz. 93.
 - ²⁴ Vgl. o.a. L. J. van Apeldoorn, *Inleiding tot de studie van het Nederlands recht*, herzien door J. C. M. Leyten, Zwolle, 1972, blz. 322.
 - ²⁵ Een wetshistorische interpretatie van de artikelen in de Gemeentewet rechtvaardigt naar mijn mening niet, dat de conclusie kan worden getrokken dat de wetgever destijds onmiskenbaar bedoeld heeft, ook de bestuursdwangbevoegdheid te erkennen/toe te kennen voor de naleving van voorwaarden. Noch ten aanzien van de uitvoering van artikel 152, noch ten aanzien van die van artikel 210 heb ik duidelijke aanknopingspunten kunnen ontdekken dat de wetgever bij bestuursdwang mede het oog heeft gehad op de niet-naleving van voorwaarden.
 - ²⁶ Vgl. Van Apeldoorn-Leyten, *a.w.*, blz. 324.
 - ²⁷ Bijv. een beschikking onder voorwaarden die op een noodverordening van de Burgemeester steunt. Zie daarover ook blz. 50.
 - ²⁸ Aan de mogelijkheid van een analogische interpretatie voor de bevoegdheid voor deze gevallen ga ik hier voorbij, omdat zij losstaat van het innemen van een principieel standpunt.
 - ²⁹ Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 23 e.v.

- ³⁰ Idem, blz. 24.
- ³¹ Idem, blz. 27.
- ³² Idem, blz. 30.
- ³³ Zie o.a. Van der Pot-Donner, *a.w.*, blz. 145.
- ³⁴ Zie blz. 30.
- ³⁵ Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 108.

Hoofdstuk 5

- ¹ De artikelen 154, 155 en 156 van de Grondwet en o.a. de artikelen 185 en 228 van de Gemeentewet.
- ² Artikel 153, leden 4 en 5, van de Grondwet en o.a. artikel 156 van de Gemeentewet.
- ³ Vgl. o.a. Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 4, blz. 218 e.v., en de mening van de Raad van State, Tweede Kamer, zitting 1975 - 1976, 13990, nrs. 1-4, blz. 25. Anders: o.a. in de Memorie van Toelichting op het ontwerp van Wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake provincies en gemeenten, Tweede Kamer, zitting 1975 - 1976, 13990, nrs. 1-4, blz. 19, waarin gesteld is dat de geldende Grondwet categorieën van besluiten vermeldt die in elk geval onderworpen zijn aan goedkeuring.
- ⁴ Wet van 9 mei 1980, Stb. 267; zie ook Tweede Kamer, zitting 1981, 16931.
- ⁵ Vgl. Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 11.
- ⁶ Wel gebeurt het incidenteel - en zulks is in beginsel ook eerder aanvaardbaar - dat in een medebewindswet een vorm van preventief toezicht wordt opgenomen op besluiten om bestuursdwang toe te passen. Zie bijv. artikel 61, eerste lid, van het gewijzigd voorstel tot wijziging van de Woonwagewet (Tweede Kamer, zitting 1981, 16531, nr. 10, blz. 1), dat zulks beoogt.
- ⁷ HR, 28 februari 1975; *AB*, 1975, nr. 128.
- ⁸ Zie de literatuur vermeld in de noten 10 en 11; zie daarenboven ook bijv. Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 4, blz. 269 e.v.
- ⁹ HR, 8 juni 1979; *NJ*, 1979, nr. 597, blz. 2004.
- ¹⁰ Vgl. ook HR, 28 februari 1975; *AB*, 1975, nr. 128. Zie daarover o.a. N. S. J. Koeman, 'De burgerlijke rechter en het spontane vernietigingsrecht van de Kroon', *RMT*, 1976, blz. 30 e.v.; J. R. Stellinga, 'Gevolgen van een vernietiging', *TvO*, 1975, blz. 188 e.v.; J. Wessel in zijn noot in *AA*, 1975, blz. 575 e.v.
- ¹¹ O.a. E. M. van Koldam, 'De derde-belanghebbende bij de bouwvergunning en de Wet AROB', *NJB*, 1977, blz. 4 e.v.; H. J. de Ru, 'Vernietiging van een bouwvergunning en de gevolgen daarvan', *NJB*, 1975, blz. 911 e.v.; J. G. Steenbeek, 'De gevolgen van de vernietiging', *GS*, 6407, blz. 247; 'Van parochiehuis tot supermarkt', *GS*, 6376, blz. 417 e.v.; A. W. Cevaai, 'Vernietigingsrecht van de Kroon', *TvO*, 1976, blz. 287 e.v. en 307 e.v.
- ¹² Vgl. Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 158.

- ¹³ Artikel 268 van het Ontwerp-Gemeentewet, *t.a.p.*
- ¹⁴ Artikel 269 van het Ontwerp-Gemeentewet, *t.a.p.*
- ¹⁵ Rapport-ABAR, *a.w.*, blz. 46
- ¹⁶ HR, 28 februari 1975; *AB*, 1975, nr. 128.
- ¹⁷ *De gemeentewet herzien (a.w.)*, deel 2, blz. 109.
- ¹⁸ Zie ook, voor zover het een vernietigde bouwvergunning betreft, Koeman, *t.a.p.*, blz. 43, en E. H. 's Jacob in *AA*, XI, blz. 39 e.v.
- ¹⁹ Bijv. CRvB, 31 oktober 1935; *AB*, 1936, blz. 168.
- ²⁰ Bijv. CRvB, 25 maart 1952; *AB*, 1952, blz. 698; CRvB, 20 mei 1970; *AB*, 1971, blz. 175.
- ²¹ CRvB, 23 januari 1956; *AB*, 1956, blz. 719; CRvB, 13 juni 1963; *AB*, 1963, blz. 738.
- ²² HR, 28 februari 1975; *AB*, 1975, nr. 128. Zie ook Rechtbank Rotterdam, 20 februari 1981; *BR*, 1981, blz. 688 e.v.
- ²³ Vgl. artikel 5 onder a van de Wet AROB.
- ²⁴ Zie ook W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratief recht*, pre-advies uitgebracht door M. Scheltema en W. Konijnenbelt, VAR-geschrift LXXIV, Groningen, 1975, blz. 71 en de in noot 48 van het pre-advies aangehaalde jurisprudentie en literatuur.
- ²⁵ Onverminderd natuurlijk hun recht om de vergunninghouder op grond van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek rechtstreeks aan te spreken. Zie in dat verband bijv. Rechtbank Rotterdam, 20 februari 1981; *BR*, 1981, blz. 688 e.v.
- ²⁶ Zie ook bijv. Koeman, *t.a.p.*, blz. 43, en Stellingma, *t.a.p.* (1975), blz. 189. In meer algemene zin bijv. Vegting, *a.w.*, blz. 306 e.v.
- ²⁷ De hierna te noemen opvatting, dat de Grondwet een verschil maakt tussen deze soorten verwaarlozing, wordt o.a. bestreden door Oud, *a.w.*, deel III, blz. 397 e.v., en W. Konijnenbelt (*De heerschappij van de gemeenteraad*, openbare les, 1978, blz. 8 e.v.). Volgens hen zit het verschil in de Grondwet hierin, dat in sommige gevallen concreet kan worden aangegeven waar verzuim bestaat en in andere gevallen niet. Hoe dit ook zij, ten aanzien van de verwaarlozing van de bestuursdwangbevoegdheid maakt deze controverse in zoverre geen verschil, dat de uitwerking van de Grondwetsartikelen op dit punt in de Gemeentewet zodanig is geschied, dat bij de verwaarlozing van de bestuursdwangbevoegdheid met betrekking tot regelingen van 'hogere hand' uiteindelijk de Commissaris der Koningin kan optreden - zulks ongeacht of 'een concreet verzuim kan worden aangegeven' -, terwijl een bepaling over die verwaarlozing met betrekking tot regelingen op autonoom terrein in de Gemeentewet niet te vinden is.
- ²⁸ J. van de Poel, *Een staatsrechtelijk labyrint*, Zwolle, 1960, blz. 76 e.v. en 84 e.v.
- ²⁹ Zie bijv. ook Kocken, *a.w.*, blz. 128 e.v.; *GS*, nrs. 6147, 6148, 6150, 6151, 6152, 6241, 6242, 6282 en 6288.
- ³⁰ HR, 13 mei 1977; *AB*, 1977, nr. 289; HR, 28 februari 1975; *AB*, 1975, nr. 128.
- ³¹ Kocken, *a.w.*, blz. 128.

- ³² HR, 13 mei 1977; *AB*, 1977, nr. 289.
- ³³ Er gelden voor deze bevoegdheid, evenals voor alle andere bestuursrechtelijke bevoegdheden, grenzen van geschreven en ongeschreven recht.
- ³⁴ Vgl. blz. 140 e.v.
- ³⁵ Vgl. Werkgroep Herziening Gemeentewet, *Memorie van toelichting*, *t.a.p.*, blz. 112.
- ³⁶ Kocken, *a.w.*, blz. 129.
- ³⁷ Wet van 9 juli 1964 tot wijziging van de bepalingen van de gemeentewet met betrekking tot de commissies, *Stb.* 256.
- ³⁸ Zie artikel 134 van het Ontwerp-Gemeentewet, *t.a.p.*
- ³⁹ Hierbij kan gedacht worden aan administratieve kosten van de gevoerde correspondentie tussen beide overheden e.d.
- ⁴⁰ Vgl. J. Bool, *De gemeentewet*, Zwolle, 1930, blz. 278; J. Oppenheim, *a.w.*, eerste deel, blz. 842; Oud, *a.w.*, deel III, *t.a.p.* blz. 407.
- ⁴¹ Artikel 56 van het ontwerp van Wet tot vaststelling van nieuwe voorschriften omtrent de ruimtelijke ordening, Tweede Kamer, zitting 1955 - 1956, III, 4233, 1-4.
- ⁴² Artikel 102 van het ontwerp van Wet tot vaststelling van nieuwe voorschriften omtrent de volkshuisvesting, Tweede Kamer, zitting 1955 - 1956, III, 4234, 1-4.
- ⁴³ Deze motivering spreekt mij toch wel aan. De bovengemeentelijke belangen kunnen alleen in bestemmingsplannen geregeld worden. Als gemeentebesturen die belangen verwaarlozen, doordat zij tegen overtreding van daarvoor geldende voorschriften niet optreden, dan kan het gewenst zijn dat een hoger bestuursorgaan handelt, ook zonder dat er sprake behoeft te zijn van ernstige verwaarlozing van taken, maar bijv. bij een beoordeling van het bovengemeentelijk belang, die naar de mening van het hoger orgaan op wiens terrein die belangenbehartiging ligt, onjuist is. Ten aanzien van het ontwerp van Woningwet stelde de regering, dat in het bijzonder met betrekking tot woonketen is gebleken dat de gemeentebesturen nogal eens nalaten bestuursdwang toe te passen; daarom wordt die bevoegdheid ook aan Gedeputeerde Staten en de Minister gegeven (*Memorie van Toelichting*, Tweede Kamer, zitting 1955 - 1956, 4234, nr. 3, blz. 19).
- ⁴⁴ Tweede Kamer, deel III, zitting 1960 - 1961, 70ste vergadering - 1 juni 1961, blz. 4060 (*Woningwet*).
- ⁴⁵ Zie ook A. Penson, 'Politiedwang ingevolge de Woningwet en artikel 156 van de Gemeentewet', *TvO*, 1962, blz. 276 e.v.
- ⁴⁶ Zie de artikelen 124 en 134.
- ⁴⁷ Besluit van 12 januari 1966, *Stb.* 25, tot vaststelling van een nieuwe instructie voor de commissarissen des Konings in de provinciën, sedertdien gewijzigd.
- ⁴⁸ Tweede Kamer, zitting 1981, 16931, nr. 1-3, blz. 2, artikel 7.4. Dit artikel is ontleend aan het (gewijzigd) amendement van Faber, zie Tweede Kamer, zitting 1978 - 1979, nr. 32 en Handelingen II 1978/1979, blz. 3655, 4027 e.v., 4119 en 4179 e.v.
- ⁴⁹ Wet van 9 november 1978, houdende regelen betreffende de openheid en

Hoofdstuk 6

- ¹ Bijv. P. J. J. van Buuren, 'Politiedwang als sanctie, rechtsbescherming en de valkuil van de administratieve beschikking', *NJB*, 1976, blz. 896 e.v.; W. van Ham-Wagner, 'Geen reis naar Den Haag voor een boer uit Pingjum', *BR*, 1976, blz. 478 e.v.; C. A. J. M. Kortmann, *t.a.p.*, blz. 548; B. C. Punt, 'De wet Arob, enkele kanttekeningen', *NJB*, 1976, blz. 826; M. Scheltema, *De taakverdeling tussen de gewone rechter en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State in Voorlichting over AROB*, Verslag van de voorlichtingsdag over de Wet AROB, Zwolle, 1976, blz. 31 e.v.

Anders: J. M. H. Dassen, 'De rechtsbescherming tegen politiedwang krachtens AROB', *NJB*, 1977, blz. 1094; F. H. A. M. Thunissen, 'Enkele opmerkingen over de wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen en de verlenging van bouwvergunning', *BR*, 1976, blz. 150.

- ² Afd. Rechtspraak, 7 oktober 1977; *AB*, 1978, nr. 77. Uitgebreider gemotiveerd op 9 december 1977; *AB*, 1978, nr. 194.

- ³ Bijv. HR, 25 november 1977; *AB*, 1978, nr. 1.

- ⁴ Vgl. blz. 28 e.v.

- ⁵ Zie bijv. CRvB, 15 november 1957; *AB*, 1958, blz. 278.

- ⁶ Zie bijv. artikel 44 van het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens.

- ⁷ Zie bijv. artikel 30, lid 3, van de Model-Bouwverordening.

- ⁸ Zie bijv. artikel 85, tweede lid, van de Woningwet, juncto artikel 17, lid 1, van de Model-Bouwverordening.

- ⁹ Zie bijv. artikel 17 e.v. van het Besluit op de Ruimtelijke Ordening.

- ¹⁰ Het door J. G. Steenbeek (*De Wet AROB*, 's-Gravenhage, 1979, blz. 55) aangevoerde argument dat de waarschuwing zelfstandig betekenis heeft en het vragen van advies niet, omdat de rechtsgenoten aan een advies kunnen voorbijgaan, zonder dat dat een inbreuk betekent op hetgeen reeds gegeven is, gaat mijns inziens niet op, omdat het de vergelijking tussen beide handelingen niet juist weergeeft. Niet het afwijken van het advies (evenmin trouwens als het uitgebrachte advies zelf) is in dit verband belangrijk, maar het (schriftelijk) vragen ervan. Het probleem is immers: is het (niet) vragen van een advies een beschikking, indien de wet voorschrijft dat dit moet geschieden alvorens een rechtsgeldig besluit kan worden genomen? In zoverre is het besluit tot het schriftelijk vragen van een verplicht advies, evenals het besluit tot het zenden van een verplichte waarschuwing bij bestuursdwang, gelijk. In de gedachte van Steenbeek zou dus het vragen van advies eveneens 'de ontsluiting (moeten betekenen) tot het effectueren van een bevoegdheid'.

- ¹¹ Ik vraag mij af, of het in het juridisch spraakgebruik mogelijk is te spreken van een rechtsgeldige feitelijke handeling. Bij mijn weten kan dit alleen bij rechtshandelingen.

- ¹² Vgl. o.a. W. Duk, in: *Bestuursrecht en bestuurswerkelijkheid*, Deventer, 1977, blz. 66.
- ¹³ Zie bijv. J. H. van Kreveld en M. Scheltema, *Parlementaire geschiedenis van de wet AROB*, Groningen, 1976, blz. 138 e.v.
- ¹⁴ Vgl. o.a. C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht; Algemene leer der overeenkomsten*, bewerkt door L. E. H. Rutten, Zwolle, 1979b, blz. 3.
Anders: J. M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer, 1971, blz. 12.
- ¹⁵ Zie noot 13.
- ¹⁶ Zie o.a. J. R. Stellinga, 'Het rapport van de Commissie-De Monchy', *TvO*, 1950, blz. 305 e.v.; J. in 't Veld, 'Sluitstuk administratieve rechtspraak', *TvO*, 1971, blz. 252 e.v.; H. D. van Wijk, 'Besluiten en handelingen', in de bundel *Besturen met recht*, 's-Gravenhage, 1974, blz. 183 e.v.
- ¹⁸ J. H. van der Veen in *AB*, 1977, blz. 559 e.v.
- ¹⁹ A. D. Belinfante, *Kort begrip van het administratief recht*, Alphen a/d Rijn, 1976, blz. 96.
- ²⁰ Zie blz. 25 e.v.
- ²¹ F. H. van der Brug in *AB*, 1977, blz. 291.
- ²² Zie blz. 147.
- ²³ Donner, *a.w.*, blz. 252.
- ²⁴ De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 263.
- ²⁵ Vz. Afd. Rechtspraak, 24 augustus 1977; A-3.130, S 380.
- ²⁶ Zie daarover subparagraaf 8.2.1.
- ²⁷ Bijv. Afd. Rechtspraak, 24 november 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. III, nr. 104. Zie daarover N. C. Duchateau, 'Politiedwang en de wet Arob', *BBl*, 14 januari 1981, blz. 9 e.v. Vgl. ook Vz. Afd. Rechtspraak, 27 juli 1979; *AB*, 1980, nr. 27; en Afd. Rechtspraak, 15 januari 1980; *AB*, 1980, nr. 229.
- ²⁸ Zie artikel 7, lid 2, van de Wet AROB.
- ²⁹ Zie artikel 10 Wet AROB, juncto artikel 80, lid 1, eerste volzin, van de Wet op de Raad van State.
- ³⁰ Vgl. o.a. J. B. J. M. ten Berge en F. A. M. Stroink, 'Kroniek Arob-jurisprudentie', *TvO*, 1978, blz. 318; HR, 25 november 1977; *AB*, 1978, nr. 1; en bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 20 december 1978; *AB*, 1979, nr. 263; en Vz. Afd. Rechtspraak, 12 januari 1979; *AB*, 1979, nr. 264.
- ³¹ Zie artikel 10 Wet AROB, juncto artikel 80, lid 1, laatste volzin, van de Wet op de Raad van State. Ook hierbij mag de voorzitter letten op de rechtmatigheid van het besluit; zie HR 25 november 1977; *AB*, 1978, nr. 1, en *AA*, XXVII, blz. 361 e.v.
- ³² Bijv. Afd. Rechtspraak, 15 januari 1980; *AB*, 1980, nr. 229; Vz. Afd. Rechtspraak, 26 oktober 1981; *AB*, 1982, nr. 264. Vgl. noot 27.
- ³³ Vz. Afd. Rechtspraak, 27 juli 1979; *AB*, 1980, nr. 27; Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 7 november 1980; *AB*, 1981, nr. 186; Vz. Afd. Rechtspraak, 31 oktober 1978; *AB*, 1979, nr. 214.
- ³⁴ Zie o.a. Van Buuren, *t.a.p.* (1976), blz. 896; De Goede, *a.w.*, 1975, blz. 172 e.v.

- ³⁵ Zie blz. 83.
- ³⁶ Te denken is bijv. aan spoedeisende gevallen en aan gevallen waarop de artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet niet van toepassing zijn.
- ³⁷ Met name de vraag of een bepaalde vorm van bestuursdwang geoorloofd is, blijft meestal buiten beoordeling. Zie blz. 126.
- ³⁸ Vgl. hierover ook blz. 86.
- ³⁹ Zie o.a. blz. 13.
- ⁴⁰ Zie daarover een kritische noot in het Jaarverslag 1978 van de Raad van State, blz. 36.
- ⁴¹ Vz. Afd. Rechtspraak, 9 maart 1978; *AB*, 1978, nr. 345.
- ⁴² Sinds kort kan de Voorzitter daarbij een dwangsom opleggen. Zie artikel 60d van de Wet op de Raad van State.
- ⁴³ Artikel 10 van de Wet AROB, juncto 77, van de Wet op de Raad van State. Zie bijv. Afd. Rechtspraak, 22 mei 1980; *AB*, 1980, nr. 566, en wat daarover is opgemerkt in noot 55.
- ⁴⁴ Bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 27 juli 1979; *AB*, 1980, nr. 27; Vz. Afd. Rechtspraak, 31 oktober 1978; *AB*, 1979, nr. 214; Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 7 november 1980; *AB*, 1981, nr. 186.
- ^{44a} Bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 22 december 1981, *NJB*, 1982, blz. 445 e.v.
- ⁴⁵ Zie daarover blz. 87.
- ⁴⁶ Zie blz. 86 e.v.
- ⁴⁷ HR, 25 november 1977; *AB*, 1978, nr. 1; zie ook Arrondissementsrechtbank Arnhem, 25 oktober 1979; *AB*, 1980, nr. 589; Arrondissementsrechtbank Roermond, *RvdW*, 1962, k.g. nr. 61.
- ⁴⁸ Vgl. J. R. Stellinga in zijn noot onder HR, 25 november 1977; *AB*, 1978, nr. 1.
- ⁴⁹ Zie voor de gevallen waarin dit speelt: noot 36.
- ⁵⁰ Zie noot 37.
- ⁵¹ Zie blz. 95. Vgl. ook F. A. M. Stroink, 'Rechtshandeling naar burgerlijk (burgerlijk - H. S.) recht en/of Arob-beschikking? (II)', *TvO*, 1979, blz. 425.
- ⁵² Zie echter voor de vraag of een beslissing op een verzoek om 'maatregelen te nemen, waardoor verdere inbreuk op . . . het bestemmingsplan wordt voorkomen', een beschikking is, het positieve antwoord van de Vz. Afd. Rechtspraak 26 oktober 1981; *AB*, 1982, nr. 264. Zie verder noot 27.
- ⁵³ Afd. Rechtspraak, 17 december 1979; nr. A-3.1141. Zie daarover B. W. N. de Waard, 'Kroniek AROB-jurisprudentie', *TvO*, 1980, blz. 389.
- ⁵⁴ Vgl. blz. 84.
- ⁵⁵ Vgl. C. de Gooijer, 'Enkele aanvullende notities m.b.t. de Wet Arob', *GS*, 6533, blz. 521. Overigens zou men zich kunnen voorstellen dat - als de AROB-rechter de waarschuwing geheel gelijkstelt aan de bestuursdwang zelf, maar dan komt hij volgens mij in strijd met zijn opvatting dat de waarschuwing de beschikking vormt - bij niet-gevolg geven aan de uitspraak, in die zin dat geen bestuursdwang wordt toegepast, de Afdeling Rechtspraak de bevoegde instantie is tot het opleggen van een dwangsom of vergoeding. Een aanwijzing voor die opvatting biedt mogelijkwerwijze de uitspraak van de Afdeling

Rechtspraak, 22 mei 1980; *GS*, 6645, blz. 73 e.v., waarbij de Afdeling aan derde-belanghebbenden bij de toepassing van bestuursdwang een schadevergoeding toekende wegens het niet-gevolggeven door de gemeente aan de uitspraak om binnen een bepaalde termijn opnieuw te beslissen omtrent het bezwaarschrift. Hierbij dient echter te worden bedacht, dat die uitspraak steunde op de overweging dat 'verweerders . . . een lastgeving tot . . . achterwege (hebben) gelaten . . .' Daaruit kan dus niet duidelijk geconcludeerd worden dat, als de gemeente wel een lastgeving had gezonden, maar de feitelijke bestuursdwang achterwege zou hebben gelaten, de derde-belanghebbenden een beroep hadden kunnen doen op artikel 77 van de Wet op de Raad van State.

⁵⁶ Artikel 77, lid 4, juncto 58c, van de Wet op de Raad van State.

⁵⁷ Uiteraard kan de derde-belanghebbende wel ageren via een 1401 Burgerlijk Wetboek-actie tegen de overtreder. Zie daarover M. C. Burkens in diens aantekening onder het vonnis van de President van de Arrondissementsrechtbank Haarlem van 6 juni 1980; *tB/S, a.w.*, Jur. XII, blz. 46a e.v. Zie ook de noot in *AA*, 1981, blz. 497 e.v.; zie bijv. ook Hof Amsterdam, 17 oktober 1979; *BR*, 1980, blz. 269 e.v.; *HR*, 26 september 1980; *AB*, 1981, nr. 35.

⁵⁸ Zie ook blz. 24 e.v. en 122 e.v.

⁵⁹ In het algemeen heeft het indienen van een beroepsschrift geen schorsende werking. In enkele gevallen echter schorst dit de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, zoals bijv. in artikel 30, lid 5, van de Woningwet, waar is geregeld dat de aanschrijving buiten werking blijft gedurende de termijn voor en de behandeling van de voorziening. Vgl. *Vz. Afd. Rechtspraak*, 7 september 1977; *AB*, 1977, nr. 38. Zie bijv. ook artikel 32, lid 1, van de Woningwet.

⁶⁰ *Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak*, 1 juli 1977; *tB/S, a.w.*, Jur. VI, blz. 111 e.v.

⁶¹ Hier wordt de beoordeling van de ingewilligde schorsingsverzoeken in het midden gelaten. Zie voor algemene opmerkingen daarover ook blz. 87 e.v.

⁶² Zie artikel 81 van de Wet op de Raad van State.

⁶³ Dit geldt in voorkomende gevallen evenzo voor de Voorzitter van de Afdeling Geschillen van Bestuur wat betreft zijn bevoegdheid om een bevel te schorsen.

⁶⁴ J. R. Stellinga in diens noot onder *AB*, 1979, nr. 49.

⁶⁵ In beginsel - het kan nl. ook zo zijn, dat iemand zonder vergunning bouwt omdat hij van mening is dat voor zijn verrichtingen geen bouwvergunning vereist is. Daarover kan een rechtsstrijd ontstaan.

⁶⁶ *Vz. Afd. Rechtspraak*, 21 november 1978; *tB/S, a.w.*, Jur. VI, blz. 183 e.v.

⁶⁷ President Arrondissementsrechtbank 's-Hertogenbosch, 13 februari 1979; *tB/S, a.w.*, Jur. XII, blz. 9 e.v.

⁶⁸ Zie uitgebreider bijv. Steenbeek, *a.w.* (1979), blz. 221 e.v. Zie ook blz. 221 e.v., voor wat het kostenverhaal betreft. Voor een specifiek Hinderwetprobleem zie J. A. O. Eskes, in diens aantekening 2 onder *Vz. Afd. Rechtspraak*, 18 maart 1980; *tB/S, a.w.*, Jur. XI, blz. 111 e.v.

⁶⁹ Hierbij dient o.a. bedacht te worden dat, als het om derde-belanghebbenden gaat, zij niet alleen de (bijv.) vergunningsbeschikking moeten aanvechten, maar ook de bestuursdwangbeschikking. Verzuimen zij dit laatste, dan kan de Voorzitter geen voorlopige voorziening treffen, omdat dat geen onderwerp van

- geschil uitmaakt. Zie Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 8 augustus 1980; tB/S, a.w., Jur. XI, blz. 126 e.v. Anders: Vz. Afd. Rechtspraak, 2 november 1978; tB/S, a.w., Jur. XI, blz. 55 e.v.
- ⁷⁰ Vgl. J. H. van der Veen in diens noot onder *AB*, 1979, nr. 214.
- ⁷¹ O.a. Vz. Afd. Rechtspraak, 27 juli 1979; *AB*, 1980, nr. 27.
- ⁷² Dit zal slechts zelden voorkomen. Wellicht speelde dit bij Vz. Afd. Rechtspraak, 31 oktober 1978; *AB*, 1979, nr. 214.
- ⁷³ Artikel 80, lid 1, juncto artikel 60c, van de Wet op de Raad van State.
- ⁷⁴ Zie blz. 93 e.v.
- ⁷⁵ Zie ook P. van Zanten in diens naschrift onder Vz. Afd. Rechtspraak, 27 juli 1979; *GS*, 6583, blz. 560.
- ⁷⁶ Zie tot welke problemen en vragen zo'n voorlopige voorziening aanleiding kan geven: P. van Zanten, '1. Een tuinmuur in Middelburg wankelde onder de Voorzittershamer', *GS*, 6600, blz. 175 e.v.; vgl. ook B. K. Olivier, '1. Enige opmerkingen na vier jaar Arob', *GS*, 6630, blz. 583.
- ⁷⁷ Zie blz. 76 e.v.
- ⁷⁸ Zie blz. 24 e.v.
- ⁷⁹ Bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 14 oktober 1976; *AB*, 1977, nr. 19; Vz. Afd. Rechtspraak, 29 september 1976; *AB*, 1977, nr. 65; Vz. Afd. Rechtspraak, 16 december 1977; *AB*, 1978, nr. 192; Vz. Afd. Rechtspraak, 19 september 1979; *AB*, 1980, nr. 98; Vz. Afd. Rechtspraak, 6 december 1978; *AB*, 1980, nr. 99.
- ⁸⁰ M. Scheltema in diens noot onder uitspraak Arrondissementsrechtbank Alkmaar van 25 mei 1978; *NJ*, 1978, nr. 690.
- ⁸¹ Vgl. Vz. Afd. Rechtspraak, 23 oktober 1979; *AB*, 1980, nr. 95.
- ⁸² Vgl. Vz. Afd. Rechtspraak, 19 september 1979; *AB*, 1980, nr. 98.
- ⁸³ Vgl. Afd. Rechtspraak, 16 december 1977; *AB*, 1978, nr. 192.
- ⁸⁴ Vgl. Vz. Afd. Rechtspraak, 6 december 1978; *AB*, 1980, nr. 99.
- ⁸⁵ Zie daarover ook R. W. L. Loeb, *De Wet Arob toegepast*, Nijmegen, 1981, blz. 12 e.v.
- ⁸⁶ Arrondissementsrechtbank Assen, 6 maart 1980; *AB*, 1980, nr. 642.
- ⁸⁷ Arrondissementsrechtbank Alkmaar, 25 mei 1978; *NJ*, 1978, nr. 690.
- ⁸⁸ Zie noot 86.
- ⁸⁹ Vz. Afd. Rechtspraak, 25 oktober 1979; *GS*, 6614, blz. 385.
- ⁹⁰ O.a. Loeb, a.w., blz. 13 e.v.; Olivier, *t.a.p.*, blz. 583.
- ⁹¹ Zie Van Zanten, '1. Een tuinmuur in Middelburg wankelde onder de Voorzittershamer', *t.a.p.*, blz. 175; zie ook Olivier, *t.a.p.*; H. C. Moorman ('1. Juridische aspecten bodemverontreiniging', *GS*, 6696, blz. 59 e.v.) noemt dit ontbreken van goede rechtsbescherming overigens een 'voordeel'.
- ⁹² Volgens het ontwerp van Wet houdende wijziging van de Wet AROB, artikel I, A, 2, wordt de letter i vervangen door h; Tweede Kamer, zitting 1981, 16945, nrs. 1-2, blz. 2.
- ⁹³ Zie daarover Steenbeek, a.w. (1979), blz. 27.
- ⁹⁴ Idem, blz. 32.
- ⁹⁵ tB/S, a.w., Jur. VII, blz. 285.

- ⁹⁶ Zie o.a. blz. 80 e.v.
⁹⁷ Zie blz. 24 e.v.
⁹⁸ Zie blz. 212 e.v.
⁹⁹ Zie o.a. blz. 84.
¹⁰⁰ Zie o.a. blz. 85.
¹⁰¹ Zie o.a. blz. 85.
¹⁰² Zie o.a. blz. 84.
¹⁰³ Zie blz. 202 e.v.
¹⁰⁴ De Wet AROB stelt immers geen beroep open tegen dreigende beschikkingen.
¹⁰⁵ Zie o.a. President Arrondissementsrechtbank Alkmaar, 8 oktober 1976; *AB*, 1976, nr. 282; en President Arrondissementsrechtbank Breda, 14 april 1979; *GS*, 6572, blz. 411 e.v., welke laatste zaak weliswaar handelde over een besluit waarbij de Voorzitter van de Afdeling Geschillen van Bestuur bevoegd was, maar deze kan, wat betreft zijn bevoegdheden ter zake, in dit verband op één lijn gesteld worden met de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak. Zie voor kritiek op zo'n handelwijze o.a. P. J. J. van Buuren, 'Jurisprudentie van de gewone rechter, gepubliceerd in 1976 en 1977', *BW*, 1978, blz. 501; en J. R. Stellinga in diens noot in *AB*, 1976, nr. 282.
¹⁰⁶ President Arrondissementsrechtbank Groningen, 27 september 1978; *GS*, 6528, blz. 469 e.v.; Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 3 oktober 1978; *GS*, 6528, blz. 470; President Arrondissementsrechtbank Groningen, 10 oktober 1978; *GS*, 6534, blz. 535.
¹⁰⁷ President Arrondissementsrechtbank Haarlem, 6 juni 1980 en 3 juli 1980; *GS*, 6646, blz. 86 e.v.
¹⁰⁸ *GS*, 6646, blz. 86.
¹⁰⁹ M. C. Burkens in diens noot onder deze uitspraak in *AA*, 1981, blz. 497 e.v., en diens aantekening in tB/S, a.w., Jur. XII, blz. 46g e.v.
¹¹⁰ Vgl. bijv. HR, 10 maart 1972; *NJ*, 1972, nr. 278; en HR, 9 januari 1981; *AB*, 1981, nr. 264.
¹¹¹ Bijv. artikel 25 van de Kernenergiewet. Zie echter Vz. Afd. Rechtspraak, 15 september 1977; *GS*, 6481; en Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 4 augustus 1981; *GS*, 6698, blz. 81 e.v., over de verhouding tussen artikel 54 Drank- en Horecawet en artikel 152, lid 2, Gemeentewet.
¹¹² Uiteraard heeft hij wel de beschikking over de gebruikelijke rechtsmiddelen om het besluit aan een rechterlijke instantie voor te leggen.
¹¹³ Donner, a.w., blz. 246.
¹¹⁴ Ik roep hierbij wellicht ten overvloede in herinnering, dat volgens mij het beschikkingselement niet gezocht moet worden in de verplichte waarschuwing, maar in het besluit om bestuursdwang toe te passen. Dit probleem moet niet verward worden met de situatie dat de wet geen schriftelijke waarschuwing voorschrijft, zoals in spoedeisende gevallen.
¹¹⁵ Zie o.a. HR, 19 november 1948; *AB*, 1949, nr. 277.
¹¹⁶ Vgl. het rapport van de commissie-ABAR, a.w., blz. 77 e.v.; commissie Van Maarseveen, *Rapport van een commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht belast met het ontwerpen van een wet houdende algemene bepa-*

lingen voor administratief recht, VAR-geschrift LXXII, Groningen, 1974, blz. 5, artikel 19, en blz. 55 e.v. Zie ook H. van den Brink, 'Wanneer komt een beschikking tot stand', *TvO*, 1980, blz. 148 e.v., waarin hij zegt dat behoorlijk bestuur met zich meebrengt dat een beschikking op een redelijkerwijze te verwachten termijn wordt verzonden. Vgl. voorts Afd. Rechtspraak, 28 november 1980, *AB*, 1981, nr. 220, waar deze stelt, dat beslissend is hetzij de dag waarop de beschikking is verzonden of uitgereikt danwel openbaar gemaakt, hetzij de dag waarop het orgaan anderszins aan belanghebbenden mededeling heeft gedaan van zijn besluit.

¹¹⁷ Vgl. blz. 123 e.v.

¹¹⁸ Ik heb mij afgevraagd, of daarmee gegeven is dat het een schriftelijk besluit betreft. Zo'n opvatting gaat mij echter vooralsnog, vanwege de verstrekkende consequenties daarvan, te ver. Immers, dan zou bijna elk besluit van de overheid schriftelijk zijn, ook dat wat naar zijn aard mondeling wordt gegeven, maar achteraf op schrift wordt gesteld. Dit leidt m.i. praktisch tot moeilijkheden, terwijl het onderscheid in de Wet AROB tussen schriftelijke en andere besluiten vervaagt, zo niet verloren gaat.

¹¹⁹ Vgl. o.a. J. M. H. F. Teunissen, 'Uitgebalanceerde regeling van de politiedwang', *NG*, 1980b, blz. 328.

¹²⁰ Vgl. J. B. J. M. ten Berge en F. A. M. Stroink, Commentaar Wet AROB, blz. 27. Zie ook B. Hessel, 'Oneigenlijk gebruik van artikel 3 Wet-AROB; ongewenst gebruik', *NJB*, 1978, blz. 197 e.v., en Steenbeek, *a.w.* (1979), blz. 81 e.v.

¹²¹ Afd. Rechtspraak, 22 november 1979; *AB*, 1980, nr. 341.

¹²² In uitzonderlijke gevallen zal de President - zolang de regels over de snelheid van de behandeling van een zaak van de Wet op de Raad van State niet gelijk zijn aan die van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering - in zeer urgente kwesties bijspringen (zie blz. 95). Evenzo bij dreigende bestuursdwang (zie blz. 95).

¹²³ Zie hoofdstuk 10.

¹²⁴ Vgl. commissie-ABAR, *a.w.*, blz. 78, en commissie-Van Maarseveen, *a.w.*, blz. 55.

¹²⁵ De AROB-procedure is goedkoper en eenvoudiger; de AROB-rechter gaat niet uit van gelijkwaardige partijen; de AROB-rechter toetst volledig aan de beginselen van behoorlijk bestuur (zie blz. 105).

Voor de vraag of de hoogste gewone rechter rechtstreeks toetst aan alle beginselen van behoorlijk bestuur, of die beginselen aan bod laat komen via het willekeur-criterium, zie recentelijk o.a.: HR, 22 december 1978; *NJ*, 1979, nr. 289; HR, 12 mei 1978; *NJ*, 1979, nr. 542; HR, 6 juni 1979; *AB*, 1979, nr. 404; HR, 25 april 1980; *AB*, 1980, nr. 482. Stellinga merkt over een en ander (in *AB*, 1980, blz. 1171) op dat de gewone rechter een duidelijk onderscheid maakt tussen zijn rol van burgerlijke rechter en van administratieve rechter. In zijn rol van administratieve rechter toetst hij wel rechtstreeks (belastingkamers van de HR en de gerechtshoven), in de andere rol (vooralsnog) niet. Zie ook Scheltema, *NJ*, 1981, blz. 1376, die zegt dat de burgerlijke kamer van

- de HR als enige rechter niet tot rechtstreekse toetsing komt.
- ¹²⁶ Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 110.
- ¹²⁷ Idem, blz. 110.
- ¹²⁸ Zie ook Teunissen, *t.a.p.* (1980b), blz. 328. Het beschikkingsbegrip zou overigens volgens de tekst van artikel 130, 2e lid, gezocht kunnen worden in de termijn, die gesteld moet worden. Het 'vervelende' van die constructie is echter, dat dan de gevallen, waarin spoedeisendheid is geboden, niet door de Arob-rechter kunnen worden beoordeeld.
- ¹²⁹ Zie blz. 86 e.v.
- ¹³⁰ Vgl. bijv. HR, 4 januari 1963; *NJ*, nrs. 202-204, waarin de Hoge Raad uitmaakte dat afwijking van een overeenkomst, op grond van onvoorziene omstandigheden die in redelijkheid een ander beleid noodzakelijk maken, geoorloofd is. M.i. kan deze leer eveneens gehanteerd worden bij toezeggingen of anderszins gewekte verwachtingen. Zie ook bijv. M. Scheltema en W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratieve recht*, pre-advies uitgebracht door M. Scheltema en W. Konijnenbelt, VAR-geschrift LXXIV, Groningen, 1975, blz. 33 e.v. en 60 e.v.; R. S. Meijer, in: *Praktijkboek administratief recht*, onder redactie van N. S. J. Koeman, XIV.4.3.1, Deventer. De Afd. Rechtspraak is eveneens van mening dat om gegronde redenen op een toezegging kan worden teruggekomen. Zie bijv. Afd. Rechtspraak, 12 juni 1980; *AB*, 1980, nr. 28. Een terugkomen op een toezegging om voorsnog van daadwerkelijke uitoefening van bestuursdwang af te zien, zonder dat feiten of omstandigheden die zulks zouden kunnen rechtvaardigen, aanwezig zijn, is echter ongeoorloofd; vgl. Vz. Afd. Rechtspraak, 31 maart 1981; *GS*, 6687, blz. 485.
- ^{130a} Voor een interessante uitspraak over de vraag of - na een schorsing - het besluit kan worden ingetrokken en een nieuwe aanschrijving daarvoor mag plaatshebben zie Vz. Afd. Rechtspraak, 10 november 1981, *GS*, 6704, blz. 132 e.v. De voorzitter geeft als zijn mening, dat als een geschorst besluit gebreken vertoont die hersteld kunnen worden, de aangewezen weg is, dat om opheffing van de schorsing wordt gevraagd.
- ¹³¹ Zie blz. 87.
- ¹³² Zie blz. 86.
- ¹³³ Zie noot 125 en blz. 102.
- ¹³⁴ Zie blz. 85.

Hoofdstuk 7

¹ Beloningen worden ook wel 'positieve sancties' genoemd. Vgl. o.a. W. Duk, *Tanden van het recht*, Zwolle, 1973, blz. 11; H. Th. J. F. van Maarseveen, *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van prae-adviezen over de sanctionering van het administratief recht*, VAR-geschrift LXVIII, blz. 42-44.

- ² Vgl. A. Mulder, 'De functie van het strafrecht in de verzorgingsstaat', *AA*, 1981, blz. 227, die zegt dat deze controle terugloopt.
- ³ Vgl. Duk, *a.w.*, blz. 11.
- ⁴ Zie o.a. De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 52 e.v.; Donner, *a.w.*, blz. 317 e.v.; De Goede, *a.w.*, blz. 191; Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 119 e.v.
- ⁵ O.a. M. V. C. Aalders, *De handhaving van de Hinderwet*, Verslagen Adviezen Rapporten van het Ministerie van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, 's-Gravenhage, 1980, 51 en 52; Centrale Raad voor de Milieuhygiëne, *Advies n.a.v. de aanbevelingen in het rapport 'De handhaving van de Hinderwet'*, Verslagen Adviezen Rapporten van het Ministerie van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, 's-Gravenhage, 1982, 4. Van Angeren, Pre-advies, *t.a.p.*; Duk, *a.w.*; J. J. Oostenbrink, *Administratieve sancties*, 's-Gravenhage (z.j.); diverse rapporten van het Interdepartementaal Overleg inzake de handhaving van het milieurecht (zie daarover Tweede Kamer, zitting 1976 - 1982, 14315 en 1980 - 1981, 16805); de rapporten van Raadgevend Bureau Twijnstra en Gudde, over de werking van de vergunningprocedures en knelpunten met betrekking tot de Hinderwet en de Wet inzake de Luchtverontreiniging; de Wet Vermogenssancties, Tweede Kamer, zitting 1977 - 1982, 15012, alsmede de in deze studies aangehaalde andere literatuur.
- ⁶ Zie o.a. Donner, *a.w.*, blz. 69; De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 25.
- ⁷ J. Andeneas, 'General Prevention Revised: Research and Policy Implications', *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 66, 1975, blz. 338 e.v.
- ⁸ J. W. Fokkens, *Reclassering en strafrechtspleging*, Arnhem, 1981, blz. 89.
- ⁹ Vooral bij overtredingen van autonome gemeentelijke verordeningen is dit het geval. De Gemeentewet kent een maximum-geldboete van f 300,—. Artikel 24 van het Wetboek van Strafrecht is niet van toepassing als de verdachte een rechtspersoon is.
- ¹⁰ Vgl. blz. 189.
- ¹¹ Zie bijv. F. Waardenburg, 'Bouwen; recht of plicht', *BR*, 1980, blz. 819, waar hij stelt, dat een boete van f 10.000,— op niets-ontziende speculanten bij stadsvernieuwingsprojecten geen enkele indruk maakt.
- ¹² Zie artikel 1 onder H van de Wet Vermogenssancties, Tweede Kamer, zitting 1981 - 1982, 15012, nr. 7.
- ¹³ Zo bijv. Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976, Titre VI (Etablissements dangereux, insalubres ou incommodes); Loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976, Titre VIII (Code Urbanisme). Beide wetten zijn op diverse andere wetten van toepassing verklaard.
- ^{13a} Zie voor de noodzaak van deskundigheid bij het OM o.a. Centrale Raad voor de Milieuhygiëne, *a.w.*, blz. 10 e.v.
- ¹⁴ Artikel 58 van de Wet op de Economische Delicten. Voor de praktische gang van zaken zie o.a. de circulaires van de Minister van Justitie van 20 juni 1951 (2e Afd. A, nr. 2330) en van 3 juni 1953 (2e Afd. A, nr. 253/2071) en het artikel van P. A. H. Bos, 'Osmose tussen het economische en commune strafrecht', *SEW*, 1976, blz. 381 e.v.

- ¹⁵ Zie de artikelen 84 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen en 204 Algemene Wet inzake de Douane en Accijnzen.
- ¹⁶ Zie o.a. blz. 158 en 185.
- ¹⁷ Zie overigens over het vervolgingsbeleid bij overtreding van bouwvoorschriften P. J. P. Tak, 'De strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor de naleving van de technische bouwvoorschriften', *BR*, 1980, blz. 543 e.v., die aangeeft dat bij het OM allengs een verandering op dit punt is waar te nemen.
- ¹⁸ M. A. C. van Egdom, 'Dwangsom als aanvulling op politiedwang', *NG*, 1978, blz. 367.
- ¹⁹ Zie artikel 8, onder c, van de Wet op de Economische Delicten.
- ²⁰ Bijv. de Wet inzake de Luchtverontreiniging; de Afvalstoffenwet; vele andere milieuwetten vallen onder het sanctieregime van de Wet op de Economische Delicten.
- ²¹ Zie ook artikel I, onder o (artikel 74, tweede lid, onder d), van dat wetsontwerp, dat regelt dat zo'n verplichting ook gesteld kan worden bij wijze van voorwaarde bij de transactiebevoegdheid van de Officier van Justitie.
- ²² Vgl. voor gegevens uit de jaren 1956 - 1970 o.a. blz. 101 van het *Eindrapport* van de commissie-vermogensstraffen, 's-Gravenhage, 1972. Vanaf 1971 tot en met 1980 bedroeg het aantal keren dat deze maatregel is toegepast, ongeveer 3,5 gemiddeld per jaar, aldus volgens telefonische opgave van het CBS. Opvallend is de 'toename' in 1979 (11 x) en 1980 (8 x).
- ²³ Wellicht dat contact-ambtenaren ook hier een taak kunnen krijgen.
- ²⁴ Artikel 70 van het Wetboek van Strafrecht.
- ²⁵ Vgl. W. J. K. Brugman, 'Bodemsanering', *Men R*, 1981, blz. 161 e.v. Zie ook wat daarover wordt opgemerkt in: Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 14315, nr. 8, blz. 6. Zie verder bijv. D. Samkalden, 'De handhaving van het milieu-recht', *Men R*, 1982, blz. 61 e.v.
- ²⁶ Zie bijv. Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 16805, nrs. 1-2, blz. 10 e.v.; Tweede Kamer, zitting 1981 - 1982, 17100, hoofdstuk XVII, nr. 22, blz. 27.
- ²⁷ Het rapport *De handhaving van de Hinderwet* (zie noot 5) leert intussen dat beide sanctiemiddelen in hun werking naar elkaar toegroeien, in welke tendens volgens de auteur van het rapport gevaren schuilen.
- ²⁸ Zie bijv. Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 17; en Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 74.
- ²⁹ Vgl. Donner, *a.w.*, blz. 4.
- ³⁰ Idem, blz. 1.
- ³¹ Vgl. Fokkens, *a.w.*, blz. 86 e.v.; in het volgende gebruik ik gedeelten uit de paragraaf 'De verschillende strafrechtstheorieën' van dit recente boek. Zie in dit verband ook D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, bewerkt door J. Rammelink, Alphen a/d Rijn, 1981, blz. 669 e.v.
- ³² Zie uitspraak Hof 's-Hertogenbosch, 27 januari 1976; *NJ*, 1976, nr. 473, waarbij is uitgesproken dat de bevoegdheid tot bestuursdwang niet strekt om als strafsancie tegen een overtreder op te treden met het oogmerk, potentiële andere overtreders af te schrikken.

- ³³ Vgl. blz. 107 e.v.
- ³⁴ W. H. Nagel, 'Om de kwaliteit van ons strafrechtelijk systeem, of: opnieuw op de overloop', *NJB*, 1974, blz. 1205 e.v.
- ³⁵ G. E. Mulder, 'De sanctie', *DD*, 1974, blz. 9 e.v.
- ³⁶ HR, 14 februari 1916; *NJ*, 1916, nr. 681.
- ³⁷ F. A. C. M. Denkers, *Criminologie en beleid*, Nijmegen, 1975, blz. 91 e.v.
- ³⁸ Bijv. Belinfante, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 36 e.v.; J. M. van Bemmelen, *Ons strafrecht*, Deel I: Het materiële strafrecht, Algemeen deel, Groningen, 1979, blz. 16; M. C. Burkens en F. A. M. Stroink, 'Sociale verzorgingsstaat en consensuele besluitvorming', *NJB*, 1980, blz. 743 e.v.; Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 17 e.v.
- ³⁹ Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 73 e.v.
- ⁴⁰ Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 17; Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 74.
- ⁴¹ S. F. L. Baron van Wijnbergen, *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van de prae-adviezen over politiedwang*, VAR-geschrift XXX, blz. 22. Zie ook: Tweede Kamer, zitting 1981 - 1982, 15012, nr. 5, blz. 9, waarin vermeld is dat in het begrip 'conflict-oplossing' elementen van de vergeldingsgedachte zijn terug te vinden.
- ⁴² Oud, *a.w.*, deel II, blz. 452.
- ⁴³ Belinfante, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 14; M. P. Vrij, *Ter effening*, Groningen, 1948, blz. 14.
- ⁴⁴ Aalders, *a.w.*, blz. 38 en 47.
- ⁴⁵ W. C. van Binsbergen, *Inleiding strafrecht*, Zwolle, 1979, blz. 60.
- ⁴⁶ L. H. C. Hulsman, *Handhaving van het recht*, rede, Deventer, 1965, blz. 17 e.v.
- ⁴⁷ Duk, *a.w.*, blz. 18; zie ook W. Duk, 'Maatstaven voor beoordeling van sancties', *AA*, 1981, blz. 231 e.v.
- ⁴⁸ Vgl. Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 16805, nrs. 1-2, blz. 12.
- ⁴⁹ Vgl. noot 41.
- ⁵⁰ Afd. Rechtspraak, 2 mei 1981; *GS*, 6682, blz. 443 e.v.
- ⁵¹ Oud, *a.w.*, deel II, blz. 452.
- ⁵² Vgl. bijv. Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 18; Van Praag, *t.a.p.* (1955), blz. 34; A. Mulder, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 84; zie ook Oud, *a.w.*, deel II, blz. 452.
- ⁵³ Zie bijv. Oud, *a.w.*, deel II, blz. 452. Ook de wetteksten gaan hiervan uit. Zie bijv. artikel 63 van de Gemeentewet, dat spreekt van verordeningen, door strafbepaling of bestuursdwang te handhaven.
- ⁵⁴ Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 81.
- ⁵⁵ J. G. Steenbeek, VAR-geschrift XXX, *t.a.p.*, blz. 19 e.v., Oud, *a.w.*, deel II, blz. 453.
- ⁵⁶ Zie bijv. C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht; Verbintenissenrecht - De verbintenis uit de wet*, bewerkt door L. E. H. Rutten, Zwolle, 1979a, blz. 74 e.v.; C. Asser, *Idem - De verbintenis in het algemeen*, bewerkt door L. E. H. Rutten, Zwolle, 1978, blz. 238 e.v.
- ⁵⁷ Oud, *a.w.*, deel II, blz. 453. Deze geeft ook voorbeelden van ambtelijk bevel

en wettelijk voorschrift.

- ⁵⁸ Zie blz. 199 e.v.
- ⁵⁹ Vgl. Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 40.
- ⁶⁰ Vgl. Donner, *a.w.*, blz. 318.
- ⁶¹ Vgl. o.a. Oostenbrink, *t.a.p.*, blz. 525-533; zie ook noot 17.
- ⁶² Bijv. een instructie is niet opgehangen. Overigens is in de in noot 63 genoemde regeringsnotitie ten onrechte sprake van een 'beschermd' voorschrift.
- ⁶³ Zie: Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 16805, nrs. 1-2, blz. 12. Zie daarover bijv. L. Bomhof, 'Handhaving milieurecht; een overzicht van een aantal recente ontwikkelingen', *BR*, 1982, blz. 256 e.v.
- ⁶⁴ D.w.z. overleg tussen Burgemeester, Openbaar Ministerie en Politie.
- ⁶⁵ Vgl. Van Buuren, *t.a.p.* (1976), blz. 902; zie ook, maar dan toegespitst op de handhaving van milieuwetten, het themanummer 'Politie en recht' van *M en R*, 1976/4, blz. 129-181. Vgl. ook: *Leidraad handhaving milieurecht. Handleiding bij de toepassing en de keuze tussen bestuurlijke en/of justitiële repressiemiddelen*, onder redactie van Chr. Rutten, L. M. van de Laar, L. H. J. Verhoeven, 's-Gravenhage. Zie ook Centrale Raad voor de Milieuhygiëne, *a.w.*, blz. 7.
- ⁶⁶ Vgl. Tweede Kamer, zitting 1976 - 1977, 14100, hoofdstuk VI, nr. 3, blz. 29 e.v. voor wat betreft Zuid-Holland; zie beleidsnota provincie Noord-Brabant, gevoegd bij brief aan gemeentebesturen van die provincie d.d. 31 maart 1976, Afd. I, G, nr. 149.412°. Ook in andere provincies zijn inmiddels basisafspraken gemaakt. Zie ook het derde rapport van het Interdepartementaal Overleg inzake de Handhaving van het Milieurecht, *Het provinciaal milieu-overleg*, gevoegd bij MvA, Tweede Kamer, zitting 1979 - 1980, 14315, nr. 6.
- ⁶⁷ Vgl. noot 17. Zie ook M. V. C. Aalders, 'Overleg tussen Justitie en Bestuur inzake de handhaving van milieurecht', *DD*, 1981, blz. 103 e.v.; H. Lagerwaard, 'Het driehoeksoverleg', *Tijdschrift voor de politie*, 1981, blz. 375 e.v.; vgl. ook het artikel 'Omslag in verhouding justitie/bestuur', *BB*, d.d. 30 oktober 1981; J. W. E. van de Poel, *Politieoverleg: van incident tot institutie*, Arnhem, 1982; E. J. Meijer, 'Driehoeksoverleg: aanvaardbaar en aanvaard', *NG*, 1981, blz. 523 e.v.; De hoofdartikelen in *GS* 6702, 6703 en 6704; Centrale Raad voor de Milieuhygiëne, *a.w.*, blz. 7.
- ⁶⁸ Bijv. Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 16805, nrs. 1-2, blz. 14 e.v. Vgl. ook over een conferentie op 23 oktober 1981 over het driehoeksoverleg: *NJB*, 1981, blz. 1115.

Hoofdstuk 8

- ¹ Deze beperkingen betreffen veelal de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het willekeurbeginzel. Zie bijv. HR, 12 maart 1971; *NJ*, 1971, nr. 265; en Afd. Rechtspraak, 15 januari 1980; *AB*, 1980, nr. 229. Zie voor het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginzel bijv. Afd. Rechtspraak, 14 januari 1980, nr. A.3.1603 (1978).

- ² Zie daarvoor blz. 20 e.v.
- ³ Zie bijv. voor een onverbindende verbodsbepaling Vz. Afd. Rechtspraak, 22 juni 1979; *AB*, 1979, nr. 448; en Afd. Rechtspraak, 3 oktober 1979; *AB*, 1980, nr. 247; voor een onjuiste uitleg der voorschriften zie bijv. Afd. Rechtspraak, 28 augustus 1979; *AB*, 1980, nr. 15; en Afd. Rechtspraak, 27 februari 1981; *AB*, 1981, nr. 347; Zie over laatstgenoemde uitspraak: F. A. van Doorn, Politiedwang en overgangsrecht, *BR*, 1982, blz. 397 e.v. Zie ook Afd. Rechtspraak, 19 maart 1981; *OB*, 1981, rubriek III.2.2.7; Afd. Rechtspraak 17 november 1981, *BR*, 1982, blz. 318; Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak 2 november 1981, *BR*, 1982, blz. 341 en Afd. Rechtspraak 14 augustus 1981, *GS*, 6705, blz. 142 e.v.
- ⁴ Zie bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 24 augustus 1978; *AB*, 1979, nr. 64, waarbij bepaald is dat een redelijke uitleg van de artikelen 152 en 210 van de Gemeentewet met zich meebrengt, dat de daarin gegeven bevoegdheid niet kan worden geacht zo ver te strekken dat daarvan ook gebruik kan worden gemaakt ter uitvoering van bepalingen die, zoals artikel 209, onder h, Gemeentewet, slechts de bedoeling hebben, buiten twijfel te stellen welke taken aan de onderscheiden bestuursorganen of bestuurslichamen ter vervulling zijn opgedragen. Zie ook bijv. Afd. Rechtspraak, 23 juni 1981; *BR*, 1981, blz. 839; en Afd. Rechtspraak, 16 oktober 1981, *BR*, 1982, blz. 142 e.v.
- ⁵ Zie bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 2 februari 1978; *AB*, 1978, nr. 272, waarbij een niet-bevoegd orgaan besloten had tot bestuursdwang; en Afd. Rechtspraak, 9 april 1981; *GS*, 6672, blz. 337, waarbij Burgemeester en Wethouders bestuursdwang hadden aangezegd wegens overtreding van een provinciale verordening, zonder dat zij belast waren met de uitvoering daarvan. Zie ook Vz. Afd. Rechtspraak, 8 juni 1977; tB/S, *a.w.*, Jur. V, blz. 68 e.v.
- ⁶ Voor het verschil tussen ongeschreven rechtsregels en beginselen van behoorlijk bestuur zie o.a. A. Q. C. Tak, 'Verlies van rechten en bevoegdheden', *GS*, 6391, blz. 81 e.v., en 6392, blz. 91 e.v. Vgl. ook bijv. Ambtenarengerecht Groningen, 13 december 1979; *AB*, 1981, nr. 206 en B. J. van der Net, *TvO*, 1981, blz. 359 e.v.
- ⁷ Arrondissementsrechtbank 's-Hertogenbosch, 5 augustus 1977; *NJ*, 1978, nr. 184.
- ⁸ Afd. Rechtspraak, 22 november 1979; *AB*, 1980, nr. 341.
- ⁹ Afd. Rechtspraak, 18 december 1978; *AB*, 1979, nr. 417; zie ook Vz. Afd. Rechtspraak, 8 mei 1978, A.3.1220.
- ¹⁰ Afd. Rechtspraak, 30 januari 1979; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 571 e.v.
- ¹¹ Afd. Rechtspraak, 11 november 1980; *AB*, 1981, nr. 208.
- ¹² Afd. Rechtspraak, 15 januari 1980, nr. A-3.1724; *GS*, 6611, blz. 341; zie o.a. ook Afd. Rechtspraak, 8 december 1979; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 838 e.v.
- ¹³ Vz. Afd. Rechtspraak, 4 november 1980; *AB*, 1981, nr. 209.
- ¹⁴ Afd. Rechtspraak, 1 juli 1980; *AB*, 1981, nr. 261.
- ¹⁵ Afd. Rechtspraak, 29 september 1980; *GS*, 6657, blz. 209 e.v. Wegens strijd met het rechtszekerheidsbeginsel vernietigde de Afdeling Rechtspraak op 4 augustus 1981, *GS*, 6698, blz. 81.

- ¹⁶ Zie zijn noot in *AB*, 1981, onder nr. 261.
- ¹⁷ Zie ook uitspraak d.d. 4 augustus 1981 in noot 15.
- ¹⁸ Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 8 juni 1977; *GS*, 6470, blz. 398 e.v. Zie in dit verband ook bijv. Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 8 juni 1977; tB/S, *a.w.*, Jur. V, blz. 68 e.v., waaruit blijkt dat bij dreiging door een onbevoegd orgaan niet gesproken kan worden van een beschikking. Echter anders: Vz. Afd. Rechtspraak, 26 mei 1977, nr. A-3.0581 (1977).
- ¹⁹ Afd. Rechtspraak, 23 januari 1980, nr. A-3.3571 (1978).
- ²⁰ Vz. Afd. Rechtspraak, 12 januari 1979; *AB*, 1979, nr. 264.
- ²¹ Vz. Afd. Rechtspraak, 15 september 1977; *GS*, 6481, blz. 529.
- ²² Vz. Afd. Rechtspraak, 16 januari 1979; *GS*, 6571, blz. 392 e.v. Zie ook Vz. Afd. Rechtspraak, 22 september 1977; *GS*, 6478, blz. 492 e.v.
- ²³ Afd. Rechtspraak, 9 maart 1978; *BR*, 1978, blz. 408 e.v.
- ²⁴ Afd. Rechtspraak, 11 februari 1980; *GS*, 6622, blz. 476; Afd. Rechtspraak, 30 oktober 1980; *GS*, 6672, blz. 336; en Afd. Rechtspraak, 7 november 1980; *GS*, 6672, blz. 336 e.v.
- ²⁵ Afd. Rechtspraak, 6 november 1979; *BR*, 1980, blz. 289 e.v. Zie in dit verband ook Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 23 mei 1978; *GS*, 6518, blz. 357; en Vz. Afd. Rechtspraak, 24 augustus 1977; *BR*, 1977, blz. 836.
- ²⁶ Vz. Afd. Rechtspraak, 24 augustus 1977; tB/S, *a.w.*, Jur. V, blz. 120 e.v.; en Vz. Afd. Rechtspraak, 31 augustus 1978, A-3.2247 (1978).
- ²⁷ Ik ga hier om praktische redenen uit van de opvatting, dat de waarschuwing op zichzelf een beschikking is. Beter ware deze eis te stellen aan de schriftelijke mededeling dat tot bestuursdwang besloten is. Zie blz. 98 e.v.
- ²⁸ HR, 3 april 1947; *NJ*, 1947, nr. 381.
- ²⁹ HR, 21 maart 1975; *AB*, 1975, nr. 273.
- ³⁰ Vz. Afd. Rechtspraak, 22 december 1976; *GS*, 6447, blz. 136 e.v.
- ³¹ Vz. Afd. Rechtspraak, 3 mei 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 372 e.v.
- ³² Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 26 januari 1981; *OB*, 1981, rubriek III.2.2.7. Omgekeerd, als het om verboden gebruik gaat, behoeft de eigenaar niet te worden aangeschreven. Vz. Afd. Rechtspraak, 7 oktober 1980; tB/S, *a.w.*, Jur. V, blz. 767 e.v.
- ³³ Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 10 oktober 1980; *GS*, 6667, blz. 297.
- ³⁴ Afd. Rechtspraak, 3 juli 1980; *AB*, 1981, nr. 47.
- ³⁵ Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 23 jan. 1981; tB/S, *a.w.*, Jur. VII, blz. 504 e.v.
- ³⁶ Afd. Rechtspraak, 25 april 1980; *GS*, 6631, blz. 599 e.v.
- ³⁷ Vz. Afd. Rechtspraak, 21 augustus 1980; tB/S, *a.w.*, Jur. V, blz. 749 e.v.
- ³⁸ HR, 1 mei 1959; *NJ*, 1959, nr. 302. In deze casus ging het mijns inziens meer over de vraag, wie de kosten van de bestuursdwang moest betalen: de oude of de nieuwe eigenaar. Desondanks gebruikt de Hoge Raad een redenering die betrekking had op het niet-correct-zijn van de waarschuwing.
- ^{38a} Zie voor een interessante uitspraak over de redelijkheid van een waarschuwingsbesluit en de pogingen van de aangeschrevenen om dat besluit door civielrechtelijke transacties te frustreren Vz. Afd. Rechtspraak 21 juli 1981, *GS*, 6705, blz. 141.

- ³⁹ Zie echter blz. 66 e.v.
- ⁴⁰ Zie noot 34.
- ⁴¹ Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 23 april 1980; *BR*, 1980, blz. 763 e.v.
- ⁴² Bijv. artikel 122 van het voorlopig Ontwerp-Gemeentewet, *t.a.p.*
- ⁴³ Deze waarschuwing heeft dan echter een andere inhoud dan die welke de overtreder/enig belanghebbende wordt gezonden. De eerste is een soort mededeling dat bestuursdwang moet worden geduld, de tweede een waarschuwing dat de overheid tegen een door hem overtreden bepaling zal optreden indien hij zijn verplichting niet alsnog zelf nakomt.
- ⁴⁴ Bijv. het huisrecht ex artikel 172 van de Grondwet. Zie o.a. ook wat A. S. Rueb, 'Aanschrijvingen krachtens de Woningwet en de gedoogplicht van de huurder', *WPNR*, 5395, blz. 399 e.v., zegt over de rechten van een huurder.
- ⁴⁵ Bijv. de (ver)huurder/overtreder.
- ⁴⁶ Bijv. de overleden overtreder.
- ⁴⁷ Bijv. de (ver)huurder/niet-overtreder.
- ⁴⁸ Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 110.
- ⁴⁹ Zie ook J. M. H. F. Teunissen, *t.a.p.* (1980b), blz. 329.
- ⁵⁰ Zie daarover blz. 95 e.v.
- ⁵¹ Bijv. HR, 19 mei 1978; *BR*, 1979, blz. 221; en HR, 12 mei 1978; *NJ*, 1979, nr. 542.
- ⁵² Bijv. HR, 3 november 1971; *NJ*, 1972, nr. 20; en HR, 13 mei 1977; *AB*, 1977, nr. 283.
- ⁵³ Bijv. HR, 27 januari 1978; *NJ*, 1978, nr. 617; en HR, 13 mei 1977; *AB*, 1977, nr. 283.
- ⁵⁴ Bijv. HR, 12 mei 1978; *NJ*, 1979, nr. 542.
- ⁵⁵ Zie o.a. Afd. Rechtspraak, 9 december 1977; *AB*, 1978, nr. 194; alsmede de hierna te bespreken uitspraken.
- ⁵⁶ Bijv. Afd. Rechtspraak, 19 september 1979; *AB*, 1980, nr. 129; en Afd. Rechtspraak, 28 mei 1979; *AB*, 1979, nr. 382; Afd. Rechtspraak 21 juli 1981 en 21 september 1981, *GS*, 6702, blz. 117 e.v.; Afd. Rechtspraak, 8 maart 1982; nr. 287.
- ⁵⁷ Bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 25 september 1978; *AB*, 1979, nr. 49; Vz. Afd. Rechtspraak, 8 november 1979; *AB*, 1980, nr. 328; Vz. Afd. Rechtspraak, 22 oktober 1979; *AB*, 1980, nr. 285; Vz. Afd. Rechtspraak, 23 juli 1981; *AB*, 1982, nr. 19.
- ⁵⁸ Afd. Rechtspraak, 28 mei 1979; tB/S, *a.w.*, Jur. XIV, blz. 24 e.v.; Afd. Rechtspraak, 10 april 1979, nr. A-3.2329.
- ⁵⁹ Afd. Rechtspraak, 11 november 1980; *AB*, 1981, nr. 208; Afd. Rechtspraak, 4 september 1981; *AB*, 1981, nr. 587; en Vz. Afd. Rechtspraak, 14 augustus 1980; *AB*, 1981, nr. 53.
- ⁶⁰ Afd. Rechtspraak, 3 oktober 1980; *AB*, 1981, nr. 376.
- ⁶¹ Afd. Rechtspraak, 11 november 1980; *AB*, 1981, nr. 208.
- ⁶² Afd. Rechtspraak, 16 februari 1979; *GS*, 6571, blz. 392 e.v.
- ⁶³ Afd. Rechtspraak, 14 oktober 1980; *AB*, 1981, nr. 145. Zie ook Afd. Recht-

- spraak, 1980, nr. A-3.0845 (1978).
- ⁶⁴ Afd. Rechtspraak, 28 mei 1979; *AB*, 1979, nr. 382. Zie ook Afd. Rechtspraak, 8 juni 1979; *AB*, 1980, nr. 48.
- ⁶⁵ Afd. Rechtspraak, 6 februari 1981; *OB*, 1981, rubriek III.2.2.7.
- ⁶⁶ Afd. Rechtspraak, 16 januari 1980; *AB*, 1980, nr. 370. Deze uitspraak doet denken aan een uitspraak van 3 mei 1961 (*AB*, 1962, blz. 365) van de Rechtbank Zwolle, waarbij toepassing van bestuursdwang ten aanzien van een dertig jaar geleden zonder bouwvergunning gebouwde woning onredelijk werd geoordeeld. Anders in een dergelijke zaak: *HR*, 27 januari 1978; *NJ*, 1978, nr. 617.
- ⁶⁷ Afd. Rechtspraak, 22 december 1978; *OB*, 1979, rubriek III.2.2.7.
- ⁶⁸ Zie bijv. Afd. Rechtspraak, 25 april 1980; *AB*, 1980, nr. 582.
- ⁶⁹ Bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 8 november 1979; *AB*, 1980, nr. 328; en Vz. Afd. Rechtspraak, 26 mei 1977; *AB*, 1977, nr. 378.
- ⁷⁰ Afd. Rechtspraak, 20 juni 1979; *AB*, 1980, nr. 399.
- ⁷¹ Zie blz. 135 e.v. Zie ook A. A. S. M. van Uden, *Illegaal bouwen; Politiedwang met 'redelijke termijn'*, *BB*, 1981, 18, blz. 17 e.v.
- ⁷² Afd. Rechtspraak, 24 april 1981; *GS*, 6678, blz. 397 e.v. Zie ook o.a. Vz. Afd. Rechtspraak, 7 november 1979; *GS*, 6611, blz. 340 e.v.; en Vz. Afd. Rechtspraak, 31 maart 1977; *GS*, 6495, blz. 95 e.v.
- ⁷³ Zie bijv. Afd. Rechtspraak, 28 augustus 1979; *AB*, 1980, nr. 148; Afd. Rechtspraak, 16 februari 1979; *GS*, 6571, blz. 393; en Afd. Rechtspraak, 2 oktober 1981; *GS*, 6685, blz. 470 e.v.
- ⁷⁴ Bijv. Afd. Rechtspraak, 15 januari 1980; *AB*, 1980, nr. 229; Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 21 april 1980; *GS*, 6634, blz. 635; Vz. Afd. Rechtspraak, 27 juli 1979; *GS*, 6583, blz. 559 e.v.
- ⁷⁵ Bijv. Afd. Rechtspraak, 10 april 1979; *GS*, 6597, blz. 129 e.v.
- ⁷⁶ Bijv. Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 28 oktober 1977; *GS*, 6485, blz. 576 e.v. en Afd. Rechtspraak, 11 september 1981, *GS*, 6705, blz. 141 e.v.
- ⁷⁷ Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 21 april 1980; *GS*, 6634, blz. 635. Zie ook B. den Hond, '“Prece(n)dentwerking” - zwak argument voor gemeenten', *BB*, 1981, nr. 52/53, blz. 11.
- ⁷⁸ Zie Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 21 maart 1978; *AB*, 1978, nr. 242.
- ⁷⁹ Bijv. Afd. Rechtspraak, 1 augustus 1980; *AB*, 1981, nr. 5; en Afd. Rechtspraak, 31 maart 1979; *OB*, 1979, rubriek III.2.2.7.
- ⁸⁰ Bijv. Afd. Rechtspraak, 7 november 1980; *AB*, 1981, nr. 346.
- ⁸¹ Afd. Rechtspraak, 31 maart 1979; *GS*, 6582, blz. 544.
- ⁸² Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 10 januari 1978; *AB*, 1978, nr. 225.
- ⁸³ Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 30 maart 1979; *GS*, 6577, blz. 478.
- ⁸⁴ Vz. Afd. Rechtspraak, 2 december 1980; *AB*, 1981, nr. 218.
- ⁸⁵ P. van Zanten in een naschrift in *GS*, 6635, blz. 651.
- ⁸⁶ Afd. Rechtspraak, 31 maart 1979; *GS*, 6582, blz. 544; Afd. Rechtspraak, 18 december 1981; *GS* 6713, blz. 210; Afd. Rechtspraak, 5 januari 1982; *GS* 6713, blz. 210 e.v.
- ⁸⁷ Vz. Afd. Rechtspraak, 21 augustus 1979; *GS*, 6591, blz. 25 e.v.

- ⁸⁸ Ten Berge en Stroink, *a.w.*, Jur. XIII, blz. 26.
- ⁸⁹ Afd. Rechtspraak, 5 september 1979; *AB*, 1980, nr. 32. Zie ook Afd. Rechtspraak, 30 oktober 1979; *AB*, 1980, nr. 217.
- ⁹⁰ Vz. Afd. Rechtspraak, 22 september 1977; *GS*, 6478, blz. 492 e.v. Zie over het noemen van een termijn ook blz. 124 e.v.
- ⁹¹ Afd. Rechtspraak, 29 juli 1980; *BR*, 1980, blz. 916 e.v. Zie ook Afd. Rechtspraak, 2 mei 1980; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 1023.
- ⁹² Afd. Rechtspraak, 14 augustus 1980; *AB*, 1981, nr. 314.
- ⁹³ Afd. Rechtspraak, 10 januari 1979; *GS*, 6553, blz. 187 e.v.
- ⁹⁴ Afd. Rechtspraak, 15 november 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 538 e.v.
- ⁹⁵ Afd. Rechtspraak, 3 mei 1979, nr. A-3.2496 (1977); zie ook Afd. Rechtspraak, 11 juli 1978; *GS*, 6531, blz. 501.
- ⁹⁶ Afd. Rechtspraak, 20 januari 1981; *NG*, 1981, S 79.
- ⁹⁷ Afd. Rechtspraak, 9 januari 1981; *NG*, 1981, S 79.
- ⁹⁸ Zie bijv. Afd. Rechtspraak, 12 november 1979; *AB*, 1980, nr. 199; en Afd. Rechtspraak, 18 augustus 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. II, blz. 94 e.v. Anders: Afd. Rechtspraak, 18 november 1980; tB/S, *a.w.*, Jur. V, blz. 809 e.v.
- ⁹⁹ Afd. Rechtspraak, 14 oktober 1980; *AB*, 1981, nr. 145.
- ¹⁰⁰ Afd. Rechtspraak, 29 september 1980; *GS*, 6657, blz. 208 e.v.
- ¹⁰¹ Afd. Rechtspraak, 19 juni 1981; *GS*, 6675, blz. 367 e.v.
- ¹⁰² Afd. Rechtspraak, 6 februari 1981; *AB*, 1981, nr. 283. Zie voor een uitspraak ter zake ook *BB*, 1981, nr. 37, blz. 5 en Afd. Rechtspraak, 27 november 1981, *BR*, 1982, blz. 342 e.v.
- ¹⁰³ Afd. Rechtspraak, 27 november 1981; *AB*, 1982, nr. 139. Zie ook Afd. Rechtspraak, 26 januari 1982; *AB*, 1982, nr. 267.
- ¹⁰⁴ Afd. Rechtspraak, 20 februari 1981; tB/S, *a.w.*, Jur. II, blz. 184 e.v. Zo ook Afd. Rechtspraak, 31 juli 1981; *GS*, 6698, blz. 80 en Afd. Rechtspraak, 26 november 1981; *GS* 6714, blz. 215 e.v.
- ¹⁰⁵ Bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 13 juni 1979; *GS*, 6589, blz. 651.
- ¹⁰⁶ Bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 31 maart 1977; *AB*, 1977, nr. 312. Vgl. ook Vz. Afd. Rechtspraak, 15 januari 1981; *NJB*, 1981, blz. 347, inzake de verhouding tussen een verleende ontgrondingsvergunning en de ruimtelijke ordening.
- ¹⁰⁷ Vz. Afd. Rechtspraak, 31 maart 1977; *AB*, 1977, nr. 312.
- ¹⁰⁸ Afd. Rechtspraak, 3 juni 1980; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 1029 e.v. Zie t.a.v. uitspraken van een wethouder bijv. Afd. Rechtspraak, 26 januari 1982; *GS* 6714, blz. 217 e.v.
- ¹⁰⁹ Afd. Rechtspraak, 11 november 1980; *AB*, 1981, nr. 208. Zie ook Afd. Rechtspraak, 4 september 1981; *BR*, 1982, blz. 172.
- ¹¹⁰ Zie noot 83.
- ¹¹¹ Afd. Rechtspraak, 29 december 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. II, blz. 113 e.v.
- ¹¹² Afd. Rechtspraak, 14 november 1980; *AB*, 1981, nr. 282.
- ¹¹³ Afd. Rechtspraak, 5 november 1979; *AB*, 1980, nr. 299. Zie ook bijv. Afd. Rechtspraak, 26 mei 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 413 e.v.; Afd. Rechtspraak, 29 augustus 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 482 e.v.; en Afd. Rechtspraak, 28 maart 1980; tB/S, *a.w.*, Jur. II, blz. 274.

- ¹¹⁴ Afd. Rechtspraak, 27 mei 1980; *GS*, 6643, blz. 46 e.v.; Afd. Rechtspraak, 23 mei 1980; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 1017 e.v.; en Afd. Rechtspraak, 4 september 1981; *AB*, 1981, nr. 587. Zie ook bijv. Afd. Rechtspraak, 13 oktober 1981; *BR*, 1982, blz. 173; en Afd. Rechtspraak, 2 oktober 1981; *AB*, 1982, nr. 42.
- ¹¹⁵ Afd. Rechtspraak, 14 november 1980; *AB*, 1981, nr. 282.
- ¹¹⁶ Wet tot verzekering der uitvoering van sommige voorschriften van plaatselijke verordeningen.
- ¹¹⁷ Vgl. bijv. Bool, *a.w.*, blz. 255; Van den Brandhof, *a.w.*, blz. 117 e.v.; J. T. Buys, *De Grondwet, Toelichting en Kritiek*, tweede deel, Arnhem, 1884, blz. 404; *GS*, 626; Oppenheim, *a.w.*, tweede deel, blz. 112; Oud, *a.w.*, deel II, blz. 456; Polak Daniëls, *a.w.*, blz. 66 e.v.; Prins, *Prae-advies, t.a.p.*, blz. 52; Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 319. Zie recentelijk bijv. Vz. Afd. Rechtspraak, 3 mei 1978; tB/S, *a.w.*, Jur. III, blz. 372 e.v.
- ¹¹⁸ H. Vos, 'Herziening van de gemeentewet', *WGB*, 1929, blz. 18.
- ¹¹⁹ Oppenheim, *a.w.*, derde deel, blz. 165; Stellinga, *a.w.* (1953), blz. 377; Van Wijk, *Prae-advies, t.a.p.*, blz. 83.
- ¹²⁰ Zie artikel 127 van de Ontwerp-Gemeentewet, *t.a.p.*
- ¹²¹ Zie rondzendbrief d.d. 24 maart 1981, nr. B 81/U 768, van de Minister van Binnenlandse Zaken aan de gemeentebesturen, blz. 13. Voor kritiek op dat in voorbereiding zijnde wetsontwerp zie o.a. R. van Baren en J. J. M. M. van Rijckevorsel, 'Bevoegdheid van ambtenaar bouw- en woningtoezicht', *B.B.I.*, 10 juni 1981, blz. 5 e.v.
- ¹²² Zie o.a. Van Buuren, *t.a.p.* (1976), blz. 898; Van Loenen, *a.w.*, blz. 210-12; G. M. de Schipper, 'Politiedwang een probleemgebied', *TvO*, 1976a, blz. 116 e.v.
- ¹²³ *NJ*, 1975, nr. 392.
- ¹²⁴ Onder derden worden hier niet verstaan degenen die hun persoonlijke of zakelijke rechten ontleen aan een in dit verband relevante bestaande rechtsverhouding (contract) met de eigenaar van de terreinen of gebouwen waarop of waarin de overtreding plaatsheeft. Degenen die zulks wel doen, vallen onder de naam (mede-)belanghebbenden, waarop nader wordt ingegaan op blz. 126.
- ¹²⁵ Zie o.a. artikel 64 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening, artikel 34 van de Hinderwet, artikel 79 van de Wet inzake de Luchtverontreiniging, artikel 101 van de Woningwet.
Bij globale bestudering van de tenuitvoerlegging van de maatregel zoals bedoeld in artikel 8, onder d, van de Wet op de Economische Delicten, welke maatregel verwantschap vertoont met de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, kom ik tot de merkwaardige conclusie, dat ook die tenuitvoerlegging niet kan plaatshebben, indien terreinen van derden moeten worden betreden en die derden weigeren daarvoor toestemming te geven. Dit probleem doet zich dus in meer rechtsgebieden voor.
- ¹²⁶ Wet van 13 mei 1927, S 159, tot opheffing van privaatrechtelijke belemmeringen, sedertdien gewijzigd.
- ¹²⁷ Zie Dalloz, *Code Administratif*, Parijs, 1977, blz. 1105 e.v.

- ¹²⁸ Zie echter blz. 105.
- ¹²⁹ Vgl. blz. 202.
- ¹³⁰ De Vereniging van Nederlandse Gemeenten pleit er overigens terecht voor, in artikel 127 van het Ontwerp de term 'terreinen' te vervangen door 'plaatsen' (*Van gemeentewet naar Gemeentewet*, 's-Gravenhage, 1981, blz. 56).
- ¹³¹ Hiervóór heb ik gesteld, dat dit eigenlijk in de mededeling over bestuursdwang zou moeten worden vermeld, waardoor de AROB-rechter daarbij kan beoordelen of de keuze rechtmatig is. Ik heb dit probleem ook hier aan de orde gesteld, omdat de AROB-rechter (vooralsnog?) daartoe niet bereid is en deze kwestie thans door de gewone rechter beoordeeld wordt.
- ¹³² Snijders, *a.w.* (1980).
- ¹³³ Vgl. o.a. de rapporten van Raadgevend Bureau Twijnstra en Gudde over de werking van de vergunningprocedures en knelpunten met betrekking tot de Hinderwet en de Wet inzake de Luchtverontreiniging; Aalders, *a.w.*; de studie van W. Duk over de toekomst van de Hinderwet, Tweede Kamer, zitting 1978 - 1979, 15027, nr. 8, blz. 3, en Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 16519, nr. 1; diverse rapporten van het Interdepartementaal Overleg inzake de Handhaving van het Milieurecht; de wijziging van de Wegenverkeerswet (Weg-slepen van voertuigen), Tweede Kamer, zitting 1973 - 1978, 12973.
- ¹³⁴ Vgl. o.a. J. Galtung, *Theory and Methods of Social Research*, Londen, 1973, blz. 56: 'Purposive samples are samples with probability equal to 0 or 1 of being selected, a homogeneous sample is a sample with a narrow range on one variable represented.'
- ¹³⁵ In een enkel geval is met provincie-ambtenaren en -bestuurders gesproken. De artikelen in de Provinciewet met betrekking tot bestuursdwang zijn soortgelijk aan die in de Gemeentewet. De daaruit voortvloeiende of daaromtrent bestaande feitelijke problematiek in provincies kan daarom grotendeels gelijk zijn aan die in de gemeenten.
- ¹³⁶ De begeleidingsgroep bestond uit Jhr. Mr. H. F. van Kinschot (BiZa), Mr. W. L. Zielhuis (VNG), Prof. Mr. S. F. L. Baron van Wijnbergen (Universiteit Nijmegen). Als secretaris trad op Mr. J. Verwey (BiZa).
- ¹³⁷ Deze procedure speelt alleen in niet-spoedeisende gevallen.
- ¹³⁸ Hierbij is een verschil geconstateerd tussen de diverse gemeenten. In grote gemeenten wordt het bestuur over het algemeen in een latere fase bij de zaak betrokken dan in kleine. Overigens mogen in sommige gevallen bepaalde ambtenaren - al dan niet op een rechtsgeldige juridische basis - over de toepassing van bestuursdwang besluiten.
- ¹³⁹ In enkele gevallen werd een zeer ruime termijn genoemd, die kan uitlopen tot jaren of die gekoppeld wordt aan een mensenleven. Dit gebeurt bijv. indien een groot gezin clandestien een aanbouw maakt die architectonisch niet verantwoord is, maar die de 'woningnood' van het desbetreffende gezin tijdelijk kan oplossen, of bij de clandestiene bouw van een houten huisje (of caravan) op het terrein van een agrarisch bedrijf voor de huisvesting van de bejaarde ouder van degene die het agrarisch bedrijf voortzet.
- ^{139a} Zie bijv. H. M. Loerakker, 'mr. dr. L. Damen, Regeling bestuursdwang

- schiet nog steeds te kort', *BBl*, 1982, nr. 7, blz. 5 e.v.
- ¹⁴⁰ Indien posteren gedurende lange tijd nodig is, zelfs acht agenten per etmaal.
- ¹⁴¹ HR, 20 juni 1969; *NJ*, 1969, nr. 347.
- ¹⁴² Vgl. De Goede, *a.w.*, blz. 196.
- ¹⁴³ Beter ware het mijns inziens om dergelijke handelingen van binnen uit te ver-
richten. Dat dit geoorloofd is, blijkt uit: Hof 's-Gravenhage, 21 mei 1980;
NJ, 1981, nr. 163.
- ¹⁴⁴ Zie uitgebreider blz. 161 e.v.
- ¹⁴⁵ Zie blz. 108 e.v.
- ¹⁴⁶ Zie voor een interessante casus daarover bijv. Afd. Rechtspraak, 10 septem-
ber 1981, *AB*, 1982, nr. 20.
- ¹⁴⁷ Een toch wel bedenkelijk gevolg van deze handelwijze is, dat aldus als het
ware 'een premie op clandestiene bouw' wordt toegekend.
- ¹⁴⁸ De Afd. Rechtspraak meent dat 'in het algemeen gesteld, het uitbesteden van
bouwwerkzaamheden aan een derde niet met zich brengt dat, indien die werk-
zaamheden niet juist en volgens de verstrekte opdracht worden uitgevoerd, het
toepassen van (bestuursdwang) ten opzichte van de opdrachtgever, achterwege
behoort te blijven' (uitspraak d.d. 21 juli 1981; *GS*, 6700, blz. 102).
- ¹⁴⁹ Een interessante uitspraak over het persoonlijk betrokken-zijn van een be-
stuurder bij het uitoefenen van een bedrijf ten aanzien waarvan bestuursdwang
was aangezegd, deed de Vz. Afd. Rechtspraak op 8 november 1979; *AB*,
1980, nr. 328. In die casus schorste de Voorzitter de waarschuwing, omdat
o.a. niet aannemelijk was dat die bestuurder zich bij het nemen van het besluit
aan de besluitvorming had onttrokken.
- ¹⁵⁰ Vgl. hoofdstuk 10.
- ¹⁵¹ Zie blz. 153.
- ¹⁵² Aalders, *a.w.*, blz. 104 e.v.
- ¹⁵³ Wet van 1 april 1950, S.k 120, houdende voorschriften met betrekking tot
gemeenschappelijke regelingen.
- ¹⁵⁴ Zie in dit verband vooral blz. 161.
- ¹⁵⁵ Aalders, *a.w.*
- ¹⁵⁶ Zie noot 5 bij hoofdstuk 7.
- ^{156a} Idem.
- ¹⁵⁷ 's-Gravenhage, 1979, Staatsuitgeverij.
- ¹⁵⁸ Bijv. M. V. C. Aalders en R. C. P. Haentjens, 'Enige kanttekeningen bij het
congresstema "De rol van het strafrecht bij de bescherming van het natuur-
lijke milieu"', *Men R*, 1980, blz. 25 e.v.; L. Jonker, 'De Hinderwet onder-
zocht', *Men R*, 1980, blz. 115 e.v.; J. A. W. M. Ponten, 'Controle op de naleving
van bestemmingsplannen voor het buitengebied', *BR*, 1980, blz. 693 e.v.; J. W.
van Zundert, 'Het imperatief-limitatieve stelsel van art. 48 van de Woningwet',
BR, 1981, blz. 479 e.v., met name blz. 482; Bomhof, *i.a.p.*, blz. 264.
- ¹⁵⁹ De hier tussen haakjes vermelde cijfers corresponderen met de op blz. 155
en 156 genoemde cijfers.
- ¹⁶⁰ Zie blz. 111 e.v.
- ¹⁶¹ Zie Hof Den Bosch, d.d. 27 januari 1976; *NJ*, 1976, nr. 473, waarbij is uitge-

sproken dat de bevoegdheid tot bestuursdwang niet strekt om als strafsanctie tegen een overtreder op te treden met het oogmerk, potentiële andere overtreders af te schrikken.

¹⁶² Vgl. blz. 121 e.v.

¹⁶³ Vgl. blz. 121 e.v.

¹⁶⁴ Te verstaan als burgers en als overheidslichaam.

¹⁶⁵ Bijv. 'vriendjespolitiek'.

¹⁶⁶ Inschakeling van anderen dan overheidspersoneel biedt hier slechts zelden uitkomst, omdat derden vaak niet over de gewenste bevoegdheden beschikken, er vaak niet voor voelen om dit soort werk te verrichten en niet dat overwicht op de aspirant-overtreders hebben dat nodig is om de verdere overtreding te beletten (zie ook blz. 148). Bovendien zal het aantrekken van 'buiten'-personeel voor de gemeente vaak spoedig tot onaanvaardbaar hoge lasten leiden.

¹⁶⁷ Vgl. blz. 107 e.v.

¹⁶⁸ Vgl. blz. 153.

¹⁶⁹ D. W. P. Ruiter, A. Holleman en R. J. Jue, *Gemeentelijke samenwerkingslichamen*, Enschede, 1979.

¹⁷⁰ Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 16538, nrs. 1-2.

¹⁷¹ Zie artikel 199 van het Wetboek van Strafrecht.

¹⁷² Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 109.

¹⁷³ Vgl. Vz. Afd. Rechtspraak, 7 december 1978; *BR*, 1979, blz. 270, waarbij uitgemaakt is dat herstel ook inhoudt: het doen uitvoeren van zodanige maatregelen dat daardoor de vorige toestand zoveel mogelijk wordt benaderd en, indien niet anders mogelijk, zelfs pas na verloop van enige tijd.

¹⁷⁴ Zie blz. 188 e.v.

¹⁷⁵ Vgl. blz. 150 e.v.

¹⁷⁶ Vgl. blz. 152 e.v.

¹⁷⁷ Een mijns inziens goed voorbeeld daarvan biedt het experiment van de gemeente Azewijn, die een vuilstortplaats, waar vele illegale nachtelijke stortingen plaatshadden, met een tv-camera en vele grote lampen uitrustte. Hiervan gaat kennelijk zo'n preventieve werking uit, dat illegale stortingen nog maar nauwelijks voorkomen. Zie daarover *De Gelderlander* (Betuwe-editie) d.d. 30 september 1981. Het idee doet denken aan het geplaatst hebben van 'foto-camera's' bij sommige stoplichten.

^{177a} Daarnaast kan gedacht worden aan 'bedreiging' van de ambtenaren. Damen suggereert ter oplossing daarvan het besluit tot toepassing van bestuursdwang gelijk te stellen met een rechterlijk vonnis. Hierdoor kan dan de gerechtsdeurwaarder opdracht worden gegeven de bestuursdwang uit te voeren. Zie daarover Loerakker, *t.a.p.*, blz. 5. Deze oplossing lijkt mij principieel onjuist. De oplossing dient om systematische redenen in het bestuursrecht te worden gezocht. Bovendien 'verplaatst' men hiermee slechts de problemen.

¹⁷⁸ Zie o.a. blz. 148.

¹⁷⁹ Zie blz. 157.

¹⁸⁰ Zie blz. 153 e.v.

¹⁸¹ Aalders, *a.w.*, blz. 277.

- 182 Tweede Kamer, zitting 1980 - 1981, 16805, nrs. 1-2, blz. 22.
- 182a De Centrale Raad voor de Milieuhygiëne, *a.w.*, blz. 10.
- 183 Hijskranen, grote tractoren e.d.
- 184 Deze reden is, zoals gezegd (blz. 81), thans goeddeels verdwenen.
- 185 Ook om andere redenen moeten deze eisen worden gesteld, bijv. uit een oogpunt van behoorlijk bestuur.
- 186 Hoewel bijv. een dwangsom 'geruislozer' werkt dan bestuursdwang en - als zij succes oplevert - om die reden een aantal problemen van deze aard ondervangt.
- 187 Volgens hem ruim 95% van het totaal aantal gemeenten in Nederland.
- 188 T. Damsteegt, 'Gemeente en politiedwang', *TvO*, 1979, blz. 117.
- 189 Zie daarover ook blz. 73 e.v.
- 190 *Eindrapport* van de Werkgroep Complementair Bestuur, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1980, blz. 65 e.v.
- 191 Vgl. blz. 155.
- 192 Vgl. blz. 165.
- 193 Zie blz. 198 e.v.
- 194 Bijv. optreden tegen krakers, abortusklinieken, porno-vertoningen.
- 195 Hierbij kan gedacht worden aan het opnemen van een uitzonderingsbepaling in de wet voor bepaalde tijden of religieuze groeperingen.
- 196 Vgl. blz. 112 e.v.
- 197 Zie blz. 51 e.v.
- 198 Zie daarvoor blz. 188 e.v.
- 199 Zie blz. 149 e.v.
- 200 Vgl. blz. 188 e.v.
- 201 Zie blz. 161 e.v.
- 202 Bijv. bijdragen tot speculatie in onroerend goed. Vgl. blz. 151.
- 203 In zo'n geval zijn eerder andere sancties, bijv. strafsancties, gewenst.
- 204 Zie uitgebreider blz. 34 e.v.
- 205 Zie blz. 175 e.v.
- 206 Bestuursdwang tegen bijv. het zonder vergunning geplaatst hebben van caravans of het illegaal houden van vee in de bebouwde kom.
- 207 Bijv. bij de afbraak van clandestiene gebouwen.
- 208 Zie blz. 152.
- 209 Bijv. bij grote aantallen 'gevoelige' dieren, bij woonschepen en bij explosieve of giftige stoffen.
- 210 Ik ga hier voorbij aan de problemen die kunnen ontstaan indien tijdens het vervoer beschadigingen e.d. optreden. Deze problemen kunnen opgelost worden door de 'normale' regels voor de zorgvuldigheid ten aanzien van andermans goederen in acht te nemen. Overigens opvallend in dit verband is, dat artikel 61 van de Woonwagenwet bepaalt dat bestuursdwang op kosten en voor risico van de overtreder plaatsheeft.
- 211 Zie daarover het (nog) niet gepubliceerde arrest van het Gerechtshof van 's-Hertogenbosch, d.d. 16 december 1981.
- 212 Van Zanten, '1. Naar een nieuwe Gemeentewet', *t.a.p.*, blz. 187 e.v.

- ²¹³ Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 108.

Hoofdstuk 9

- ¹ Vgl. o.a. blz. 112 e.v.
- ² Zie ook blz. 106 e.v.
- ³ Ook de regering is van mening, dat de coördinatie en de harmonisatie van wetgeving bevorderd moeten worden. Zie o.a. Rijksbegroting 1980, Algemene Zaken, Tweede Kamer, zitting 1979 - 1980, 15.800, hoofdstuk III, nr. 8, blz. 1 e.v. Zie ook Tweede Kamer, zitting 1979 - 1981, 15.454, nrs. 2 en 3.
- ⁴ Zie artikel 28 e.v. van de Hinderwet.
- ⁵ Zie artikel 43a e.v. van de Wegenverkeerswet.
- ⁶ Zie het voorgestelde artikel 61, 4e lid, Tweede Kamer, zitting 1981, 16.531, nr. 15.
- ⁷ Zie artikel 61 van de Woonwagenwet.
- ⁸ Zie artikel 26 van de Wet Buitengewone Bevoegdheden Burgerlijk Gezag.
- ⁹ Zie noot 20 bij hoofdstuk 7.
- ¹⁰ Zie met name blz. 148 e.v.
- ¹¹ Zie met name blz. 149.
- ¹² Zie met name blz. 150 e.v.
- ¹³ Zie daarvoor blz. 208 e.v.
- ¹⁴ Zie o.a. blz. 153 e.v.
- ¹⁵ Zie o.a. L. H. M. Damen, 'Afsluiting van gas-, water- en electriciteitstoevoer als dwangmiddel', *TvO*, 1976, blz. 418 e.v., en 'Pseudo-politiedwang?', *TvO*, 1977, blz. 133; H. Overbeeke, 'Vragen rondom afsluiten van nutsvoorzieningen', *TvO*, 1981, blz. 541 e.v.
- ¹⁶ O.a. W. M. B. Elferink, 'Afsluiten van nutsvoorzieningen in het kader van politiedwang', *TvO*, 1982, blz. 290 e.v.; T. Damsteegt, 'Gemeente en politiedwang', *t.a.p.*, blz. 91; W. Haasdijk, 'Elektriciteits- en gasbedrijven', *AA*, 1980, blz. 626 e.v.; A. L. G. M. Kessen, 'Afsluiten van gas-, water en electriciteitstoevoer geen vorm van politiedwang', *TvO*, 1977, blz. 134 e.v.; M. C. Kroon, 'Afsluiting drinkwatervoorziening om oneigenlijke redenen niet toelaatbaar', *TvO*, 1977, blz. 286 e.v.; J. R. Stellinga, 'Kan het afsluiten van gas-, water- en electriciteitstoevoer politiedwang zijn?', *TvO*, 1976, blz. 461, en zijn onderschrift in *TvO*, 1977, blz. 135; J. P. A. F. Vriens, 'Mag gemeentebestuur krakers van gas, water of electriciteit afsluiten?', *TvO*, 1973, blz. 120 e.v. Zie ook noten 18, 19 en 20.
- ¹⁷ Zie bijv. *Concentratie nutsbedrijven*, advies uitgebracht door Krekel, Van der Woerd, Wouterse B.V., Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1980, blz. 110 e.v.
- ¹⁸ HR, 20 maart 1981; *RvdW*, nr. 54. Zie daarover bijv. P. Nicolaï, Administratief recht, *AA*, 1982, blz. 108. Vgl. ook J. Spier in de noot onder de uitspraak van President Rechtbank 's-Gravenhage, 22 augustus 1980; *De*

- Praktijkids*, 1981, blz. 76 e.v.
- ¹⁹ Rechtbank Amsterdam, 15 oktober 1964; *NJ*, 1966, nr. 376.
- ²⁰ De schrijvers doen dit op verschillende grondslag. Sommigen (bijv. De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 429) nemen aan dat als grondslag geldt een subjectief publiekrecht van de burger op levering van produkten van primaire levensbehoeften. Sommigen (bijv. D. Simons, *Gemeentebedrijven*, Alphen a/d Rijn, 1939, blz. 305) stellen dat de leveringsplicht voortvloeit uit de publieke taak van de overheid. Anderen menen dat er sprake is van een openbaar aanbod, waaraan de overheid gebonden is (bijv. M. Troostwijk, *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, prae-adviezen uitgebracht door B. de Goede en M. Troostwijk, VAR-geschrift XXXIV, Haarlem, 1956, blz. 57). De meer algemene opvatting (bijv. J. Spier, *t.a.p.*, blz. 78 e.v., en A. Q. C. Tak, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen a/d Rijn, 1978, blz. 335) is, dat de overheid geen misbruik mag maken van haar monopoliepositie.
- ²¹ Hof's-Hertogenbosch, 27 april 1976; *NJ*, 1977, nr. 143.
- ²² Hof's-Hertogenbosch, 19 augustus 1980; *Advocatenblad*, 1980, blz. 420.
- ²³ President Rechtbank 's-Gravenhage, 22 augustus 1980; *De Praktijkids*, 1981, blz. 72 e.v.
- ²⁴ HR, 25 september 1981; *RvdW*, 1981, nr. 123. Zie voor kritiek daarop J. Spier, 'Geen geld toch gas? De overheid als leverancier van nutsvoorzieningen', *Bestuur, Maandblad voor Overheidskunde*, 1982, nr. 2, blz. 4 e.v.
- ²⁵ HR, 21 maart 1975; *NJ*, 1975, nr. 427. Hierop is kritiek geleverd door o.a. Stellinga in diens noot in *AB*, 1975, nr. 153; Haasdijk, *t.a.p.*, blz. 633; en J. M. Polak, 'De overheid in het privaatrecht', *WPNR*, 5067, blz. 15, noot 27. Met instemming: J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid*, Deventer, 1981, blz. 98, die op blz. 94 e.v. uitgebreider aandacht besteedt aan de leveringsplicht van gas, water en elektriciteit.
- ²⁶ Kantongerecht Dordrecht, 9 maart 1978; *NJ*, 1978, nr. 477.
- ²⁷ Zie noot 15. Vgl. ook Loerakker, *t.a.p.*, blz. 7.
- ²⁸ Damen, *t.a.p.* (1976), blz. 420.
- ²⁹ Zie o.a. noot 16, alsmede Schroot, Van Vliet en Wijma, *a.w.*, deel 3, blz. 367.
- ³⁰ Vgl. ook Damsteegt, *t.a.p.*, blz. 93; Prins, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 16 en 49.
- ³¹ In Zwitserland kent men wel een regeling van 'le refus d'agir'; dat is het weigeren van het bestuur om een bepaalde prestatie te verrichten om zo de burger te dwingen publiekrechtelijke verplichtingen na te komen. Afsluiten van gas, water en elektriciteit maakt deel uit van dit dwangmiddel. Het afsluiten is echter met zoveel beperkingen omgeven, dat er zelden afgesloten kan worden. Een van die beperkingen is namelijk dat het bestuur niet mag weigeren, als zij een wettelijke of feitelijke monopoliepositie heeft met betrekking tot primaire levensbehoeften. Er wordt slechts een uitzondering gemaakt als het gaat om het vermijden van zeer ernstige onlusten, die niet op een andere manier kunnen worden voorkomen. Zie A. Grisel, *Droit administratif Suisse*, Neuchâtel, 1970, blz. 336 e.v.
- ³² Bijv. artikel 8 van de Wet op de Economische Delicten en artikel 94 van de

Wet inzake de Luchtverontreiniging.

³³ Artikel I D (14c, lid 1, onder 3°) van de Wet Vermogenssancties.

³⁴ Zie voor een uitspraak van de AROB-rechter over een casus waarbij - bij een bouwvergunning - de verplichting tot het betalen van een waarborgsom was gesteld, Afd. Rechtspraak, 28 augustus 1981; *AB*, 1981, nr. 577. De Afdeling was van mening dat, 'wat er overigens zij van het rechtskarakter van een dergelijk besluit, (het stellen van de verplichting) in elk geval niet te beschouwen is als een voorwaarde als bedoeld in artikel 48 tweede lid Woningwet die aan de bouwvergunning zelf is verbonden'. Zie voor kritiek daarop Crinçele Roy in diens noot in *AB*.

³⁵ Zie ook blz. 187.

³⁶ Zie bijv. de discussie daarover tussen A. J. Hagen, VAR-geschrift XXX, *t.a.p.*, blz. 31 en Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 100 e.v. Zie ook Oud, *a.w.*, deel II, blz. 459 e.v.; en Vegting, *a.w.*, eerste deel, blz. 378. Zie verder rechtsvraag 60 in *AA*, 1960/61.

³⁷ O.a. KB van 5 april 1955; *TvO*, 1955, blz. 290; en KB van 19 augustus 1959; *OB*, rubriek XIII.18.717.

³⁸ Zie Vegting, *a.w.*, eerste deel, blz. 378.

³⁹ Zie Van Wijk, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 100.

⁴⁰ KB, 3 maart 1970; *AB*, 1970, nr. 407.

⁴¹ Ter oplossing daarvan zou overigens in plaats van een waarborgsom zekerheidsstelling of een bankgarantie kunnen worden gevraagd. Zie in het algemeen daarover bijv. H. J. Pabbruwe, 'Een bijzondere bankgarantie', *WPNR*, 5471, blz. 181 e.v.; en H. J. Smit, 'Hoe abstract is een bankgarantie', *WPNR*, 5488, blz. 489 e.v.

⁴² Zie artikel I, onder D, van het wetsontwerp Vermogenssancties, Tweede Kamer, zitting 1981 - 1982, 15012, nr. 7.

⁴³ Zie blz. 119 e.v.

⁴⁴ Zie daarover recentelijk bijv.: 'Richtlijnen inzake inbeslagname; Richtlijnen voor het beleid van het openbaar ministerie en de politie inzake inbeslagname (algemeen)', *Nederlandse Staatscourant*, 1980, nr. 103, blz. 4 e.v.

⁴⁵ O.a. Van Buuren, *t.a.p.* (1976), blz. 900; G. M. de Schipper, 'Remedies tegen problemen verbonden aan politiedwang', *TvO*, 1976b, blz. 162.

⁴⁶ Zie ook bijv. Damsteegt, *t.a.p.*, blz. 130; L. A. van Montfoort, 'De valkuil van de politiedwang', *NJB*, 1976, blz. 1107.

⁴⁷ Blz. 115 e.v.

⁴⁸ Bijv. de overtreder heeft geen schuld.

⁴⁹ Zie blz. 116.

⁵⁰ Zie blz. 119 e.v.

⁵¹ Zie blz. 109 e.v.

⁵² HR, 9 november 1973; *AB*, 1974, nr. 10.

⁵³ O.a. A. Th. Bos, 'Hoe dwingend is politiedwang?', *TvO*, 1974, blz. 130 e.v.; Van Buuren, *t.a.p.* (1976), blz. 899; Van der Burg en Cartigny, *a.w.*, blz. 139 e.v.; Donner, *a.w.*, blz. 332; H. Drion, 'Het rechterlijk bevel of verbod als wapen voor de overheid', in: Van Opstall-bundel, Deventer, 1972, blz. 61;

- J. R. Stellinga, zij het op andere gronden dan de Hoge Raad aanvoert, in zijn noot onder genoemd arrest in *AB* 1974; zie ook diens 'Politiedwang of kort geding', *TvO*, 1973, blz. 353 e.v.
- ⁵⁴ Zie ook: C. H. J. van Benthem Jutting, 'Het functioneren van het gemeentelijk bouwtoezicht en het juridisch instrumentarium dat de gemeente op grond van de Woningwet en de bouwverordening ter beschikking staat', *BR*, 1975, blz. 349 e.v. K. Langelaar, 'Wetgever of rechter', *NJB*, 1974, blz. 22; T. M. Oberman, 'Inleiding over de praktische toepassing van art. 352 (Modelbouwverordening)', *BR*, 1975, blz. 442; W. F. Prins in zijn noot onder genoemd arrest in *NJ*, 1974, nr. 91; W. Schenk, *Het kort geding en zijn toepassing in Nederland*, Deventer, 1976, blz. 184 e.v.; P. Zonderland, *Het Kort Geding*, Zwolle, 1976, blz. 156 e.v.
- ⁵⁵ B. S. Holla in het artikel van Oberman, *t.a.p.*, blz. 448; Koeman, *a.w.*, blz. 217; De Schipper, *t.a.p.* (1976a), blz. 117 e.v.; S. R. Schuit, 'Kan de gemeente hinder bestrijden door middel van een privaatrechtelijk geding?', *M en R*, 1974, met name blz. 115; Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 126.
- ⁵⁶ Indien de overheid, bijv. als eigenares, privaatrechtelijk belang heeft bij de naleving van een voorschrift, kan zij wel gebruik maken van het kort geding. Een en ander berust echter op de 'toevallige' omstandigheid of de gemeente zo'n belang kan aantonen.
- ⁵⁷ Zie daarvoor J. H. Blaauw, *t.a.p.*, blz. 329 e.v., met name blz. 333. Zie ook noot 4 bij hoofdstuk 1.
- ⁵⁸ Dit is het feit, dat het bestuur er niet van overtuigd is dat het toepassen van bestuursdwang door de rechter rechtmatig zal worden geacht.
- ⁵⁹ Zie blz. 81.
- ⁶⁰ Dit is het feit, dat het toepassen van bestuursdwang op bezwaren stuit.
- ⁶¹ Zie ook bijv. A. Th. Bos, *t.a.p.*, blz. 134; J. T. van Stegeren in zijn noot onder het vonnis van President Rechtbank Amsterdam, 14 maart 1972; *De Praktijkids*, 1973, blz. 12; Stellinga, *t.a.p.* (1973), met name blz. 354; J. W. van Zundert, 'Het kort geding: EHBO in het bestuursrecht?', *NG*, 1972, blz. 538.
- ⁶² Zie over 'injunction' met name A. Mulder, *De handhaving der sociaal-economische wetgeving*, 's-Gravenhage, 1950. Zie ook G. J. W. Arends de Wolf, 'Injunction', *AA*, 1971, blz. 11 e.v.
- ⁶³ Zie de artikelen 337 e.v. van het Burgerlijk Wetboek.
- ⁶⁴ Zie hierna blz. 188.
- ⁶⁵ Van Angeren, Pre-advies, *t.a.p.*, blz. 28 e.v. Zie ook Bomhof, *t.a.p.*, blz. 263.
- ⁶⁶ O.a. Van Angeren, Pre-advies, *t.a.p.*, blz. 28 e.v.; A. Th. Bos, *t.a.p.*, blz. 135; E. Bosma, Het rechterlijk bevel als vorm van politiedwang, *NJB*, 1972, blz. 1177 e.v.; Van Buuren, *t.a.p.* (1976), blz. 900 en 1176; Damsteegt, *t.a.p.*, blz. 137; Van Egdom, *t.a.p.*, blz. 367; De Goede, *a.w.*, blz. 201; De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 58; Van Loenen, *a.w.*, blz. 210-17 en 210-18; Van Montfoort, *t.a.p.*, blz. 1107; Schuit, *t.a.p.*, blz. 118; Van Wijk en Konijnenbelt, *a.w.*, blz. 120 en 127.
- ⁶⁷ § 11 Deutsches Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz vom 27. April 1953.
- ⁶⁸ Bijv. artikel 19 van de Loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 (Etablissements

- dangereux, insalubres ou incommodes; artikel 20 e.v. van de Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 (Relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution).
- ⁶⁹ Artikel 117, Abs. 1 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltungsrechtspflege vom 21. April 1922. Hoewel deze maatregel 'Ungehorsamsstrafe' wordt genoemd, vervult hij dezelfde functie als 'Zwangsgeld' in de Bondsrepubliek Duitsland. Hij wordt dan ook opgelegd door het bestuur.
- ⁷⁰ § 5 Bundesgesetz über die Vollstreckungsverfahren in der Verwaltung vom 21. Juli 1925. Hoewel deze maatregel 'Geldstrafe' wordt genoemd, vervult hij dezelfde functie als 'Zwangsgeld' in de Bondsrepubliek Duitsland. Hij wordt dan ook opgelegd door het bestuur.
- ⁷¹ Artikel 58, lid 2.
- ⁷² Artikelen 60d en 77, lid 3.
- ⁷³ Artikel 611a e.v. Zie met name hierover R. M. Blaauw, *Executiemiddelen, de sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere prestatie dan het betalen van geld*, pre-advies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 31, Deventer, 1980.
- ⁷⁴ Zie artikel 28a, lid 1, van de Hinderwet.
- ⁷⁵ Zie blz. 108.
- ⁷⁶ Zie blz. 109.
- ⁷⁷ Zie de artikelen genoemd in noot 68. Vgl. ook bijlage nr. 2 behorende bij het genoemde Rapport van het onderzoek naar door de gemeenten ondervonden problemen in het kader van politiedwang.
- ⁷⁸ Zie noten 67, 69 en 70.
- ⁷⁹ Zie noot 67.
- ⁸⁰ Zie noot 70.
- ⁸¹ Vgl. in dit verband R. M. Blaauw, *a.w.*, blz. 11 e.v.
- ⁸² Vgl. Donner, *a.w.*, blz. 1.
- ⁸³ Vgl. o.a. H. A. Müller, *Der Verwaltungszwang*, Zürich, 1975, blz. 52.
- ⁸⁴ Anders: o.a. R. M. Blaauw, *a.w.*, blz. 51 e.v.
- ⁸⁵ Zie blz. 115.
- ⁸⁶ Vgl. A. Mulder, Prae-advies, *t.a.p.*, blz. 80 e.v.
- ⁸⁷ De Haan, Drupsteen en Fernhout, *a.w.*, blz. 61.
- ⁸⁸ De dwangsom kan alleen benut worden om in te werken op de wil van de overtreder om hem alsnog ertoe te bewegen de overtreding niet (verder) te begaan. Indien echter de overtreder 'welwillend' is, maar bijv. voor een geboden handeling afhankelijk is van bepaalde rechten van een derde, dan kan de dwangsom geen effect sorteren.
- ⁸⁹ Zie blz. 190.
- ⁹⁰ O.a. Van Egdome (t.a.p., blz. 367) pleit voor invoering van lijfswang.
- ⁹¹ Zie o.a. R. M. Blaauw, *a.w.*, blz. 13 en 60, en de daarbij aangehaalde literatuur.
- ⁹² Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 113.
- ⁹³ Artikel 130, eerste lid, is van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit artikel handelt in de eerste volzin over de mededeling van het besluit aan de overtreder en de belanghebbende en in de tweede volzin over 'de mogelijk-

heid . . . dat de kosten door hem verschuldigd zullen zijn'. Het lijkt me dat de redactie tot moeilijkheden aanleiding kan geven, omdat zij alleen op de toepassing van bestuursdwang betrekking heeft en speciaal voor de problemen, die zich tot nu toe daarbij hebben voorgedaan, is ontworpen. Het ware daarom beter de mededelingsplicht, toegespitst op de dwangsom, in artikel 135 afzonderlijk te regelen.

⁹⁴ Zie noot 27 bij hoofdstuk 3.

⁹⁵ Van Zanten, '1. Naar een nieuwe Gemeentewet', *t.a.p.*, blz. 188.

Hoofdstuk 10

¹ Van den Brandhof, *a.w.*, blz. 21.

² Vgl. ook Oud, *a.w.*, deel II, blz. 458.

³ Vgl. HR, 17 maart 1978; *AB*, 1978, nr. 358, waaruit blijkt dat de verplichting van de overtreder om de kosten van bestuursdwang te vergoeden, zich niet onderscheidt van de in artikel 1286 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde verbintenis tot betaling van een geldsom.

⁴ Vgl. Bool, *a.w.*, blz. 252.

⁵ Een uitdrukkelijke regeling van niet-aansprakelijkheid is overigens neergelegd in artikel 26 van de Wet Buitengewone Bevoegdheden Burgerlijk Gezag, waarin vermeld staat dat bestuursdwang op kosten der overtreders geschiedt, tenzij de overtreding buiten hun schuld plaatsvond.

⁶ Schuld hier te verstaan als 'verwijtbaarheid'.

⁷ Bijlagen tot het Verslag der Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 1850 - 1851, Bijlagen, 118de vel, blz. 453; zie ook Franken, *a.w.*, blz. 343.

⁸ Zie ook bijv. artikel 6.3.1.1, lid 3, van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.

⁹ Hieronder versta ik globaal een risico-aansprakelijkheid voor schade, ontstaan in een beroepsmatig productieproces.

¹⁰ Oppenheim, *a.w.*, tweede deel, blz. 109.

¹¹ Oud, *a.w.*, deel II, blz. 458.

¹² P. van Zanten, 'Ongedierte-bestrijding via politiedwang zonder kostenverhaal?', *GS*, 6527 en 6528.

¹³ Van den Brandhof, *a.w.*, blz. 30.

¹⁴ Zie artikel 155, juncto 210, tweede lid.

¹⁵ Zie bijv. Hof Amsterdam, 26 mei 1978; *AB*, 1980, nr. 575.

¹⁶ Soms stelt de gemeente de rekening aan de rechthebbende ter hand, indien deze de opgeslagen goederen komt ophalen. Als hij niet betaalt, krijgt hij de goederen niet mee. Deze laatste handelwijze, die ongetwijfeld uit praktische en economische motieven voortvloeit lijkt mij juridisch evenwel ongeoorloofd, omdat de overheid in het algemeen niet het recht van retentie heeft. Zie ook noot 40.

¹⁷ Zie hierna blz. 206.

¹⁸ Zie daarover ook M. Scheltema in zijn noot onder HR, 17 maart 1978; *NJ*, 1978, blz. 1867.

- ¹⁹ Zie hierboven.
- ²⁰ Zie paragraaf 10.4.
- ²¹ Zulke kosten mag men dus ook niet ten laste brengen van een vergunninghouder. Zie bijv. KB van 30 juni 1980, nr. 5; *AB*, 1980, nr. 488.
- ²² Of de kosten in redelijkheid gemaakt zijn, dient rechterlijk gecontroleerd te worden. Zie daarvoor blz. 205 e.v.
- ²³ Zie blz. 147 e.v.
- ²⁴ Zie blz. 33.
- ²⁵ Vgl. blz. 81.
- ²⁶ Bijv. in spoedeisende gevallen of als het gaat over de feitelijke uitvoering van bestuursdwang.
- ²⁷ Zie hierover Van Egdom, *t.a.p.*, blz. 365 e.v.
- ²⁸ Vgl. blz. 101 e.v.
- ²⁹ Vgl. o.a. blz. 105 en noot 125 bij hoofdstuk 6.
- ³⁰ Vgl. P. van Zanten, '1. Naar een nieuwe Gemeentewet', *t.a.p.*, blz. 188.
- ³¹ *NJ*, 1947, nr. 38.
- ³² Zie daarover bijv. P. F. de Loos, 'Politiedwang en het verhaal van invorderingskosten', *NG*, 1972, blz. 44 e.v. Zie ook Arrondissementsrechtbank Rotterdam, 29 november 1968; *NJ*, 1969, nr. 226.
- ³³ Zie noot 3 en daarover o.a. *WPNR*, 5527, blz. 493 e.v.
- ³⁴ Vgl. bijv. H. Fillet, '(Buiten)gerechtelijke kosten', *AA*, XXVII, blz. 121 e.v.
- ³⁵ Vgl. blz. 203.
- ³⁶ J. M. H. F. Teunissen, *t.a.p.* (1980a), blz. 303.
- ³⁷ Wet van 30 juni 1976, S 412, houdende wijziging van de Wegenverkeerswet.
- ³⁸ Wellicht dat een alternatief voor bestuursdwang kan vermijden dat hoge kosten gemaakt worden. Bij bijv. het wegslepen van woonwagens e.d. bij wijze van bestuursdwang zijn de kosten vaak aanmerkelijk hoger dan indien de overtreder zelf de verplichting nakomt. Indien de overtreder enige financiële draagkracht heeft en aan hem een dwangsom zou kunnen worden opgelegd, zou deze maatregel wel eens zo effectief kunnen zijn, dat hier een kostenverhaalsprobleem niet meer speelt. Zie voor deze dwangsommaatregel blz. 188 e.v.
- ³⁹ Hieronder is in het algemeen te verstaan het recht tot verhaal zonder executoriale titel.
- ⁴⁰ Dit is - globaal gezegd - het recht om een zaak van een ander onder zich te blijven houden, zolang die ander niet een bepaalde schuld met betrekking tot die zaak heeft voldaan. Ten aanzien van zaakwaarneming (artikel 1390 Burgerlijk Wetboek) bestaat wel het retentierecht (artikel 1400 Burgerlijk Wetboek). Zie in dit verband daarover het (nog) niet gepubliceerde arrest van het Hof's-Hertogenbosch d.d. 16 december 1981.
- ⁴¹ Voor roerende goederen die aan niemand toebehoren, is toeëigening mogelijk. Dat zulks niet al te snel kan worden aangenomen, leert o.a. een uitspraak van het Kantongerecht Amsterdam d.d. 5 september 1975 (*NJ*, 1977, nr. 191), waar uitgemaakt is dat een autowrak niet kan worden vernietigd, ook niet in spoedeisende gevallen, zonder enige voorafgaande kennisgeving aan de eigenaar/houder.

- ⁴² Vgl. artikel 12 van de Wet op de Invordering van 's Rijks Directe Belastingen en art. 26, lid 2, van de Wet Buitengewone Bevoegdheden Burgerlijk Gezag.
- ⁴³ Zie ook de artikelen 3.10.3.3. en 3.10.3.5. van het nieuw Burgerlijk Wetboek.
- ⁴⁴ Zie MvT, Gedr. St., 1933, nr. 187-3.
- ⁴⁵ Zie daarover blz. 211 en 224.
- ⁴⁶ Zitting Tweede Kamer, 1973/1974, 12973, nr. 3, blz. 3.
- ⁴⁷ Hierdoor wordt - zoals gezegd - het probleem dat op blz. 210 is signaleerd, wat betreft de schorsende werking van verzet tegen het dwangbevel, deels ondervangen.
- ⁴⁸ Zie artikel 23 van die wet.
- ⁴⁹ Vgl. artikel 43a van die wet.
- ⁵⁰ Zie blz. 129.
- ⁵¹ Hieronder versta ik in dit verband ook degene die ontheffing of vrijstelling van een verbod heeft gekregen.
- ⁵² Zie blz. 206.
- ⁵³ Afd. Rechtspraak, 9 december 1977; *AB*, 1978, nr. 76; en Afd. Rechtspraak, 16 juni 1978; *BR*, 1978, blz. 656 e.v.
- ⁵⁴ Zie noot 12. Vgl. ook zijn kritiek in *GS*, 6498, 6592 en 6633. Ook anderen uitten kritiek. Vgl. bijv. F. H. van der Burg in de noot in *AB*, 1978, nr. 76; M. C. Burkens in: *tB/S*, *a.w.*, Jur. III, blz. 657 e.v.; M. Scheltema in noot 2 in *NJ*, 1978, nr. 562. In andere zin o.a. T. Damsteegt, *t.a.p.*, blz. 92-93.
- ⁵⁵ Vgl. blz. 76.
- ⁵⁶ Anders Adv.-Gen. Mr. Franx in zijn conclusie bij *HR*, 3 april 1981; *NJ*, 1981, nr. 504, blz. 1697, die deze stelling twijfelachtig vindt.
- ⁵⁷ Zie blz. 198 e.v.
- ⁵⁸ Steenbeek, *a.w.* (1979), blz. 59.
- ⁵⁹ Zie daarover Adv.-Gen. Mr. Franx, *t.a.p.*, blz. 1696.
- ⁶⁰ Afd. Rechtspraak, 9 december 1977; *AB*, 1978, nr. 76.
- ⁶¹ *BR*, 1978, blz. 657.
- ⁶² Afd. Rechtspraak, 31 mei 1979; *tB/S*, *a.w.*, Jur. III, blz. 654 e.v.
- ⁶³ Zie ook de in noot 54 genoemde schrijvers.
- ⁶⁴ In de procedure die tot de uitspraak d.d. 3 april 1981 (zie noot 56) leidde, werd voor het Hof Amsterdam een soortgelijke stelling verdedigd. Het Hof verwierpt (ook) deze stelling, omdat de omstandigheid dat de bestrijding van kakkerlakken, met het oog op hun verspreiding, een last is die op vele burgers drukt en die onderling overleg tussen de burgers kan vereisen voor een doelmatige bestrijding, niet meebrengt dat naar geldend recht die last niet op de eigenaren behoort te drukken. Zie Gerechtshof Amsterdam, 6 juni 1980; *GS*, 6633.
- ⁶⁵ Vgl. blz. 116 e.v. Zie ook Adv.-Gen. Mr. Franx, *t.a.p.*, blz. 1700, die de algemene stelling, dat - wegens het ontbreken van verwijtbaarheid aan het ontstaan van de besmetting - aan de gemeente geen recht op kostenverhaal toekomt, niet voor zijn rekening durft te nemen, omdat uitoefening van de bestuursdwangbevoegdheid dan een zeer hachelijke onderneming wordt.
- ⁶⁶ In dit verband lijkt mij een onderscheid tussen een in de wet neergelegde ver-

- plichting en een bij beschikking opgelegde verplichting onbelangrijk.
- ⁶⁷ Vgl. bijv. ook M. C. Burkens in: *tB/S, a.w.*, Jur. III, blz. 658, die zegt dat de uitoefening van bestuursdwang altijd door het algemeen belang genoopt zal dienen te zijn, zoals dat trouwens geldt voor de uitoefening van alle overheidsbevoegdheden.
- ⁶⁸ Zie F. H. van der Burg, *AB*, 1978, blz. 195.
- ⁶⁹ Dit artikel luidt: 'Een bouwwerk mag zich niet bevinden in een toestand die gevaar oplevert voor de veiligheid of nadeel voor de gezondheid dan wel schade of hinder voor de gebruikers of anderen of, voor wat tot bewoning bestemde gebouwen betreft, nadeel voor de bruikbaarheid van het gebouw tengevolge van besmetting met ongedierte, waaronder ratten en muizen.'
- ⁷⁰ Zie M. Scheltema, *NJ*, 1978, blz. 1868.
- ⁷¹ Zie M. C. Burkens, *tB/S, a.w.*, Jur. III, blz. 659.
- ⁷² Vgl. bijv. Steenbeek, *a.w.* (1979), blz. 101, noot 27; J. J. Oostenbrink in: *tB/S, a.w.*, commentaar Wet AROB artikel 5, blz. 10. Zie Vz. Afd. Rechtspraak, 26 mei 1977; *tB/S, a.w.*, Jur. VIII, blz. 32; Vz. Afd. Rechtspraak, 28 februari 1978; *tB/S, a.w.*, Jur. VIII, blz. 39.
- ⁷³ Vz. Afd. Rechtspraak, 2 mei 1978; *tB/S, a.w.*, Jur. V, blz. 260.
- ⁷⁴ Via de verzetsprocedure ex artikel 155, lid 3, van de Gemeentewet.
- ⁷⁵ Vgl. Hof Amsterdam, 6 juni 1980; *GS*, 6633. Zie ook Adv.-Gen. Mr. Franx, *i.a.p.*, blz. 1695, en M. Scheltema in zijn noot in *NJ*, 1978, nr. 562.
- ⁷⁶ Vgl. noot 71.
- ⁷⁷ Mogelijk dat de Wet of het Besluit Bestrijding Infectieziekten en Opsporing Ziekteoorzaken aangepast kan worden, zodanig dat het rijk 'bijspringt' in de kosten, die gemeenten bij de bestrijding van kakkerlakken en faraomieren maken.
- ⁷⁸ HR, 3 april 1981; *NJ*, 1981, nr. 504. Zie ook *AB*, 1981, nr. 380.
- ⁷⁹ M. C. Burkens, in: *tB/S, a.w.*, Jur. III, blz. 658, spreekt in dit verband van een veeleer semantische dan een reële kwestie. Wat daarvan ook zij, het algemeen belang kan wel vaker in hoge mate eisen dat bestuursdwang wordt toegepast, zoals bij zeer ernstige besmetting van primaire levensbehoeften. Dit gegeven - ook niet in samenhang met niet-verwijtbaarheid ten aanzien van de veroorzaker van het ontstaan ervan - mag om wille van mogelijk praktische consequenties daarvan er mijns inziens niet toe leiden dat de kosten daarvan niet verhaald kunnen worden.
- ⁸⁰ Vgl. M. Scheltema in *NJ*, 1981, nr. 504, blz. 1701.
- ⁸¹ Vgl. ook noten 68 en 70.
- ⁸² Zie ook o.a. P. van Zanten, 'Kostenverhaal bij politiedwang (Hoge Raad oordeelt anders dan Afdeling rechtspraak)', *GS*, 6675.
- ⁸³ Idem. Anders: J. R. Stellinga in *AB*, 1980, nr. 380, blz. 1010.
- ⁸⁴ Zie bijv. Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 12 januari 1979; *AB*, 1979, nr. 264; Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 29 januari 1981; *GS*, 6668, blz. 307 e.v.; Vz. Afd. Rechtspraak, 24 maart 1981; *AB*, 1981, nr. 428.
- ⁸⁵ Zie *NG*, 1981, blz. 599.
- ⁸⁶ Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 29 januari 1981; *GS*, 6668, blz. 307 e.v.

- ⁸⁷ Vgl. Steenbeek, *a.w.* (1979), blz. 221.
- ⁸⁸ Vgl. Van der Veen in diens noot in *AB*, 1981, nr. 428, blz. 1159.
- ⁸⁹ Vgl. Wnd. Vz. Afd. Rechtspraak, 14 mei 1981; *GS*, 6668, blz. 308 e.v.
- ⁹⁰ Idem.
- ⁹¹ Zie diens noot in *AB* 1981, nr. 470, blz. 1268.
- ⁹² Zie Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 110.
- ⁹³ Teunissen, *t.a.p.* (1980b), blz. 329.
- ⁹⁴ Zie Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 59 en 111.
- ⁹⁵ Vgl. blz. 207 e.v.
- ⁹⁶ Zie Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 111.
- ⁹⁷ Artikel 132, lid 4, van de ontwerp-Gemeentewet.
- ⁹⁸ Vgl. blz. 211.
- ⁹⁹ Vgl. blz. 211.
- ¹⁰⁰ Deze zetfout is bij brief d.d. 24 maart 1981, nr. B81/4768 over Herziening Gemeentewet van de Minister van Binnenlandse Zaken, bijlage 2, onderdeel 3, gerectificeerd.
- ¹⁰¹ Vgl. blz. 209.
- ¹⁰² Zie Werkgroep Herziening Gemeentewet, Memorie van toelichting, *t.a.p.*, blz. 111.
- ¹⁰³ Van Zanten, 'Naar een nieuwe Gemeentewet', *t.a.p.*, blz. 188.
- ¹⁰⁴ Teunissen, *t.a.p.* (1980b), blz. 329.
- ¹⁰⁵ Vgl. blz. 199 e.v.
- ¹⁰⁶ In theorie heeft het wel consequenties. Als er geen verbintenis is ontstaan, kan de overtreder die betaald heeft, direct een beroep doen op onverschuldigde betaling in de zin van artikel 1395 Burgerlijk Wetboek. In het andere geval zal de rechter moeten uitmaken, dat het verhaalsrecht in concreto verloren is gegaan.
- ¹⁰⁷ Van Zanten, 'Kostenverhaal bij politiedwang . . .', *t.a.p.*
- ¹⁰⁸ Zie ook bijv. artikel 6.3.1.1., lid 3, van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.

Lijst van aangehaalde literatuur

- Aalders, M. V. C., *De handhaving van de Hinderwet*, Verslagen Adviezen Rapporten van het Ministerie van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, 's-Gravenhage, 1980, 51 en 52.
- Aalders, M. V. C., 'Overleg tussen Justitie en Bestuur inzake de handhaving van milieurecht', *DD*, 1981, blz. 103 e.v.
- Aalders, M. V. C., en Haentjens, R. C. P., 'Enige kanttekeningen bij het congres-thema "De rol van het strafrecht bij de bescherming van het natuurlijke milieu"', *Men*, 1980, blz. 25 e.v.
- Andeneas, J., 'General Prevention Revised: Research and Policy Implications', *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 66, 1975, blz. 338 e.v.
- Angeren, J. A. M. van, *De sanctionering van het administratief recht*, pre-adviezen uitgebracht door J. A. M. van Angeren en Th. J. C. Verduin, VAR-geschrift LXVI, Groningen, 1971.
- Apeldoorn, L. J. van, *Inleiding tot de studie van het Nederlands recht*, herzien door J. C. M. Leyten, Zwolle, 1972.
- Arendsen de Wolf, G. J. W., 'Injunction', *AA*, 1971, blz. 11 e.v.
- Arntzenius, A. R. van, 'Nieuwe geschriften over administratieve rechtspraak', *Themis*, 1902, blz. 479 e.v.
- Asser, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht; Verbintenissenrecht - De verbintenis in het algemeen*, bewerkt door L. E. H. Rutten, Zwolle, 1978.
- Asser, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht; Verbintenissenrecht - De verbintenis uit de wet*, bewerkt door L. E. H. Rutten, Zwolle, 1979a.
- Asser, C., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht; Algemene leer der overeenkomsten*, bewerkt door L. E. H. Rutten, Zwolle, 1979b.
- Baren, R. van, en Rijckevorsel, J. J. M. M. van, 'Bevoegdheid van ambtenaar bouw- en woningtoezicht', *BBI*, 10 juni 1981, blz. 5 e.v.
- Belinfante, A. D., *Kort begrip van het administratief recht*, Alphen a/d Rijn, 1976.
- Belinfante, A. D., *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, pre-adviezen uitgebracht door A. D. Belinfante en A. Mulder, VAR-geschrift XXXVI, Haarlem.

- Belinfante, A. D., *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van de pre-adviezen van Van Angeren en Verduin*, VAR-geschrift LXVIII, Groningen, 1972.
- Bemmelen, J. M. van, *Ons strafrecht*, Deel I: Het materiële strafrecht, Algemeen deel, Groningen, 1979.
- Benthem Jutting, C. H. J. van, 'Het functioneren van het gemeentelijk bouwtoezicht en het juridisch instrumentarium dat de gemeente op grond van de Woningwet en de bouwverordening ter beschikking staat', *BR*, 1975, blz. 349 e.v.
- Berg, G. van den, 'De gemeentelijke bestuursorganen', in: *Gedenkteken Gemeentewet 1851 - 1951*, 's-Gravenhage, 1951.
- Berge, J. B. J. M. ten, *Decentraliseren met commissies*, 's-Gravenhage, 1978.
- Berge, J. B. J. M. ten, en Stroink, F. A. M., *Administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen*, losbladig, Alphen a/d Rijn.
- Berge, J. B. J. M. ten, en Stroink, F. A. M., 'Kroniek Arob-jurisprudentie', *TvO*, 1978, blz. 318 e.v.
- Binsbergen, W. C. van, *Inleiding strafrecht*, Zwolle, 1979.
- Blaauw, J. H., 'Enige vragen met betrekking tot het kort geding in burgerlijke en administratieve zaken', *NJB*, 1981, blz. 329 e.v.
- Blaauw, R. M., *Executiemiddelen, de sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere prestatie dan het betalen van geld*, pre-advies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 31, Deventer, 1980.
- Bomhof, L., 'Handhaving milieurecht; een overzicht van een aantal recente ontwikkelingen', *BR*, 1982, blz. 256 e.v.
- Bool, J., *De gemeentewet*, Zwolle, 1930.
- Bos, A. Th., 'Hoe dwingend is politiedwang?', *TvO*, 1974, blz. 130 e.v.
- Bos, P. A. H., 'Osmose tussen het economische en commune strafrecht', *SEW*, 1976, blz. 381 e.v.
- Bosma, E., 'Het rechterlijk bevel als vorm van politiedwang', *NJB*, 1972, blz. 1177 e.v.
- Brandhof, N. W. van den, *Het recht van politiedwang*, Leiden, 1924.
- Brink, H. van den, 'Wanneer komt een beschikking tot stand', *TvO*, 1980, blz. 148 e.v.
- Brugman, W. J. K., 'Bodemsanering', *M en R*, 1981, blz. 161 e.v.
- Burg, F. H. van der, en Cartigny, G. J. M., *Rechtsbescherming tegen de overheid*, Utrecht, 1980.
- Burkens, M. C., en Stroink, F. A. M., 'Sociale verzorgingsstaat en consensuele besluitvorming', *NJB*, 1980, blz. 743 e.v.
- Buuren, P. J. J. van, 'Politiedwang als sanctie, rechtsbescherming en de valkuil van de administratieve beschikking', *NJB*, 1976, blz. 896 e.v.
- Buuren, P. J. J. van, 'Jurisprudentie van de gewone rechter gepubliceerd in 1976 en 1977', *BW*, 1978, blz. 497 e.v.
- Buys, J. T., *De Grondwet, Toelichting en Kritiek*, tweede deel, Arnhem, 1884.

Centrale Raad voor de milieuhygiëne, *Advies n.a.v. de aanbevelingen in het rapport 'De handhaving van de Hinderwet'*, Verslagen Adviezen Rapporten van

- het Ministerie van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, 's-Gravenhage, 1982, 4.
- Cevaal, A. W., 'Vernietigingsrecht van de Kroon', *TvO*, 1976, blz. 287 e.v. en 307 e.v.
- Commissie inzake ABAR, *Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht*, Groningen, 1973.
- Commissie-Van Maarseveen, *Rapport van een commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht belast met het ontwerpen van een wet houdende algemene bepalingen voor administratief recht*, VAR-geschrift LXXII, Groningen, 1974.
- Dalloz, *Code Administratif*, Parijs, 1977.
- Damen, L. H. M., 'Afsluiting van gas-, water- en electriciteitstoevoer als dwang-middel', *TvO*, 1976, blz. 418 e.v.
- Damen, L. H. M., 'Pseudo-politiedwang?', *TvO*, 1977, blz. 133 e.v.
- Damsteegt, T., 'Gemeente en politiedwang', *TvO*, 1979, blz. 90 e.v., 117 e.v. en 133 e.v.
- Dassen, J. M. H., 'De rechtsbescherming tegen politiedwang krachtens AROB', *NJB*, 1977, blz. 1094.
- Denkers, F. A. C. M., *Criminologie en beleid*, Nijmegen, 1975.
- Donner, A. M., *Nederlands bestuursrecht*, I, Algemeen deel, Alphen a/d Rijn, 1974.
- Doorn, F. A. van, 'Politiedwang en overgangsrecht', *BR*, 1982, blz. 397 e.v.
- Drion, H., 'Het rechterlijk bevel of verbod als wapen voor de overheid', in: *Van Opstall-bundel*, Deventer, 1972, blz. 61 e.v.
- Duchateau, N. C., 'Politiedwang en de wet Arob', *BBI*, 14 januari 1981, blz. 9 e.v.
- Duk, W., *Tanden van het recht*, Zwolle, 1973.
- Duk, W., 'De bestuurder als toepasser van sancties', in: *Bestuursrecht en bestuurs-werkelijkheid*, Deventer, 1977, blz. 57 e.v.
- Duk, W., 'Maatstaven voor beoordeling van sancties', *AA*, 1981, blz. 231 e.v.
- Duk, W., Loeb, R. W. L., en Nicolai, P., *Bestuursrecht*, Amsterdam (z.j.).
- Dunné, J. M. van, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, Deventer, 1971.
- Egdom, M. A. C. van, 'Dwangsom als aanvulling op politiedwang', *NG*, 1978, blz. 365 e.v.
- Fillet, H., '(Buiten)gerechtelijke kosten', *AA*, XXVII, blz. 121 e.v.
- Fokkens, J. W., *Reclassering en strafrechtspleging*, Arnhem, 1981.
- Franken, W., *De Gemeentewet met de daarover, vooral in de Tweede Kamer der Staten-Generaal, gewisselde stukken en gehouden beraadslagingen*, Nijmegen, 1851.

Galtung, J., *Theory and Methods of Social Research*, Londen, 1973.

De gemeentewet herzien - voorlopig ontwerp, deel 1, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1967.

De gemeentewet herzien - voorlopig ontwerp, deel 2, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1971.

- Goede, B. de, *Beeld van het Nederlands bestuursrecht*, 's-Gravenhage, 1975 en 1979.
- Gooijer, C. de, 'Enkele aanvullende notities m.b.t. de Wet Arob', *GS*, 6533, blz. 521 e.v.
- Grisel, A., *Droit administratif Suisse*, Neuchâtel, 1970.
- Groen, H. A., *Overheidsvergunning en onrechtmatige daad*, Deventer, 1977.
- Haan, P. de, Drupsteen, Th. G., en Fernhout, R., *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat; instrument en waarborg*, Deventer, 1978.
- Haasdijk, W., 'Elektriciteits- en gasbedrijven', *AA*, 1980, blz. 626 e.v.
- Hagen, A. J., *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van de praeadvies over politiedwang*, VAR-geschrift XXX.
- Ham-Wagner, W. van, 'Geen reis naar Den Haag voor een boer uit Pingjum', *BR*, 1976, blz. 478 e.v.
- Ham-Wagner, W. van, in: *Praktijkboek administratief recht*, onder redactie van N. S. J. Koeman, V.2.4, Deventer (losbladige editie).
- Hazewinkel-Suringa, D., *Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, bewerkt door J. Remmelink, Alphen a/d Rijn, 1981.
- Hessel, B., 'Oneigenlijk gebruik van artikel 3 Wet-Arob; ongewenst gebruik', *NJB*, 1978, blz. 197 e.v.
- Hond, B. den, '“Prece(n)dentwerking” - zwak argument voor gemeenten', *BB*, 1981, nr. 52/53, blz. 11.
- Hulsman, L. H. C., *Handhaving van het recht*, rede, Deventer, 1965.
- Idsinga, J. W. H. M. van, *De Administratieve Rechtspraak. Kantteekeningen op de Tweede Bijdrage van de Heeren Röell en Oppenheim, tot regeling der Administratieve Rechtspraak*, Rotterdam, 1902.
- Interdepartementaal Overleg inzake de Handhaving van het Milieurecht, Diverse rapporten inzake de handhaving van het milieurecht.
- 's Jacob, E. H., *AA*, november 1961, antwoord op rechtsvraag 62.
- Jonker, L., 'De Hinderwet onderzocht', *M en R*, 1980, blz. 115 e.v.
- Kessen, A. L. G. M., 'Afsluiten van gas-, water- en electriciteitstoevoer geen vorm van politiedwang', *TvO*, 1977, blz. 134 e.v.
- Kocken, E. H. A., *Het vergunningstelsel in de Hinderwet en de Woningwet*, Alphen a/d Rijn, 1966.
- Koeman, N. S. J., *Bestemmingsplan en privaatrecht*, Deventer, 1974.
- Koeman, N. S. J., 'De burgerlijke rechter en het spontane vernietigingsrecht van de Kroon', *RMT*, 1976, blz. 30 e.v.
- Koldam, E. M. van, 'De derde-belanghebbende bij de bouwvergunning en de Wet AROB', *NJB*, 1977, blz. 4 e.v.
- Konijnenbelt, W., *De rechtsverwerking in het administratief recht*, pre-advies uitgebracht door M. Scheltema en W. Konijnenbelt, VAR-geschrift LXXIV, Groningen, 1975.

- Konijnenbelt, W., *De heerschappij van de gemeenteraad*, openbare les, 1978.
- Koopmans, T., *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, 1976.
- Kornelis, S. L., 'Aanschrijvingen. De aanschrijving tot het treffen van voorzieningen en de aanschrijving tot het aanbrengen van verbeteringen', *WPNR*, 1980, 5521 en 5522.
- Krekel, Van der Woerd, Wouterse B.V., *Concentratie nutsbedrijven* (advies), Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1980.
- Kreveld, J. H. van, en Scheltema, M., *Parlementaire geschiedenis van de wet AROB*, Groningen, 1976.
- Kroon, M. C., 'Afsluiting drinkwatervoorziening om oneigenlijke redenen niet toelaatbaar', *TvO*, 1977, blz. 286 e.v.
- Lagerwaard, H., 'Het driehoeksoverleg', *Tijdschrift voor de politie*, 1981, blz. 375 e.v.
- Langelaar, K., 'Wetgever of rechter', *NJB*, 1974, blz. 20 e.v.
- Loeb, R. W. L., *De Wet Arob toegepast*, Nijmegen, 1981.
- Loenen, J. W. A. C. van, *De Gemeentewet en haar toepassing*, onder eindredactie van M. Troostwijk, bewerkt door G. O. Bouma, J. L. Buysse en J. W. A. A. Kruijsse, documentatie G. J. Verburg, Alphen a/d Rijn, 1959 (losbladige editie).
- Loerakker, H. M., 'Mr. dr. L. Damen, Regeling bestuursdwang schiet nog steeds te kort', *BBI*, nr. 7, blz. 5 e.v.
- Logeman, J. H. A., *Over de theorie van een stellig staatsrecht*, Leiden, 1948.
- Logeman, J. H. A., *Het staatsrecht van Indonesië*, Den Haag-Bandoeng, 1955.
- Loos, P. F. de, 'Politiedwang en het verhaal van invorderingskosten', *NG*, 1972, blz. 44 e.v.
- Lutters, A. H. A., *Gedeputeerde Staten, hun taken en bevoegdheden*, 's-Gravenhage, 1977.
- Maarseveen, H. Th. J. F. van, *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van prae-adviezen over de sanctionering van het administratief recht*, VAR-geschrift LXVIII.
- Meijer, E. J., 'Driehoeksoverleg: aanvaardbaar en aanvaard', *NG*, 1981, blz. 523 e.v.
- Meijer, R. S., in: *Praktijkboek administratief recht*, onder redactie van N. S. J. Koeman, XIV.4.3.1., Deventer (losbladige editie).
- Moorman, H. C., '1. Juridische aspecten bodemverontreiniging', *GS*, 6696, blz. 59 e.v.
- Montfoort, L. A. van, 'De valkuil van de politiedwang', *NJB*, 1976, blz. 1106 e.v.
- Mulder, A., *De handhaving der sociaal-economische wetgeving*, 's-Gravenhage, 1950.
- Mulder, A., *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, prae-adviezen uitgebracht door A. D. Belinfante en A. Mulder, VAR-geschrift XXXVI, Haarlem.
- Mulder, A., 'De functie van het strafrecht in de verzorgingsstaat', *AA*, 1981, blz. 225 e.v.

- Mulder, G. E., 'De sanctie', *DD*, 1974, blz. 9 e.v.
- Müller, H. A., *Der Verwaltungszwang*, Zürich, 1975.
- Nagel, W. H., 'Om de kwaliteit van ons strafrechtelijk systeem, of: opnieuw op de overloop', *NJB*, 1974, blz. 1205 e.v.
- Nicolaï, P., *Administratief recht*, *AA*, 1982, blz. 103 e.v.
- Oberman, T. M., 'Inleiding over de praktische toepassing van art. 352 (Model-bouwverordening)', *BR*, 1975, blz. 440 e.v.
- Olivier, B. K., '1. Enige opmerkingen na vier jaar Arob', *GS*, 6630, blz. 581 e.v.
- Oostenbrink, J. J., *Administratieve sancties*, 's-Gravenhage (z.j.).
- Oostenbrink, J. J., 'Controle op de naleving en strafrechtelijke aspecten', *BR*, 1970, blz. 525 e.v.
- Oostenbrink, J. J., *Kanttekeningen bij de wetmatigheid van het bestuur*, rede, Amsterdam, 1978.
- Oppenheim, J., *Het Nederlands Gemeenterecht*, bewerkt door C. W. van der Pot, eerste deel, Haarlem, 1928, tweede deel, Haarlem, 1928 en derde deel, Haarlem, 1932.
- Os, V. K. L. van, *Aanteekening op Artikel 180 Der Gemeentewet*, Amsterdam, 1887.
- Oud, P. J., *Handboek van het Nederlands Gemeenterecht*, deel II, Zwolle, 1959 en deel III, Zwolle, 1963.
- Overbeeke, H., 'Vragen rondom afsluiten van nutsvoorzieningen', *TvO*, 1981, blz. 541 e.v.
- Pabbruwe, H. J., 'Een bijzondere bankgarantie', *WPNR*, 5471, blz. 181 e.v.
- Penson, A., 'Politiedwang ingevolge de Woningwet en artikel 156 van de Gemeentewet', *TVO*, 1962, blz. 276 e.v.
- Poel, J. van de, *Een staatsrechtelijk labyrint*, Zwolle, 1960.
- Poel, J. W. E. van de, *Politieoverleg: van incident tot institutie*, Arnhem, 1982.
- Polak, J. M., 'De overheid in het privaatrecht', *WPNR*, 5067, blz. 11 e.v.
- Polak Daniëls, G., *Eenige opmerkingen over Art. 180 der Gemeentewet*, Leiden, 1876.
- Ponten, J. A. W. M., 'Controle op de naleving van bestemmingsplannen voor het buitengebied', *BR*, 1980, blz. 693 e.v.
- Pot, C. W. van der, *Nederlands Bestuursrecht*, Alphen a/d Rijn, 1932.
- Pot, C. W. van der, *Handboek van het Nederlands Staatsrecht*, bewerkt door A. M. Donner, Zwolle, 1977.
- Praag, M. M. van, *Algemeen Nederlands administratief recht*, 's-Gravenhage, 1950.
- Praag, M. M. van, 'Het opportuniteitsbeginsel bij de toepassing van het Administratief recht', *NJB*, 1950, blz. 758 e.v.
- Praag, M. M. van, 'Nabetrachting over de institutie van de politiedwang', *BW*, 1955, blz. 26 e.v.
- Prins, W. F., *Politiedwang*, prae-adviezen uitgebracht door W. F. Prins en H. D.

- van Wijk, VAR-geschrift XXIX, Haarlem.
- Punt, B. C., 'De wet AROB, enkele kanttekeningen', *NJB*, 1976, blz. 817 e.v.
- Raad voor het Binnenlands Bestuur, *Advies inzake Herziening Gemeentewet*, 's-Gravenhage, 1981.
- Raadgevend Bureau Twijnstra en Gudde N.V., Rapporten over de werking van de vergunningprocedures en knelpunten met betrekking tot de Hinderwet en de Wet inzake de Luchtverontreiniging.
- Romeyn, H. J., *Hand- en Leerboek*, met medewerking van J. M. C. Romeyn, Eerste deel, Algemeen gedeelte, tweede stuk, Den Haag, 1939.
- Roos, W. R. B. de, *Praktijk der Provinciale Wet*, Leiden, 1912.
- Ru, H. J. de, 'Vernietiging van een bouwvergunning en de gevolgen daarvan', *NJB*, 1975, blz. 911 e.v.
- Rueb, A. S., 'Aanschrijvingen krachtens de Woningwet en de gedoogplicht van de huurder', *WPNR*, 5395, blz. 399 e.v.
- Ruiter, D. W. P., Holleman, A., en Jue, R. J., *Gemeentelijke samenwerkingslichamen*, Enschede, 1979.
- Rutten, Chr., Laar, L. M. van de, en Verhoeven, L. H. J. (red.), *Leidraad handhaving milieurecht. Handleiding bij de toepassing en de keuze tussen bestuurlijke en/of justitiële repressiemiddelen*, 's-Gravenhage (losbladige editie).
- Samkalden, D., 'De handhaving van het milieurecht', *Men R*, 1982, blz. 61 e.v.
- Scheltema, M., De taakverdeling tussen de gewone rechter en de afdeling rechtspraak van de Raad van State in Voorlichting over AROB, *Verslag van de voorlichtingsdag over de Wet AROB*, Zwolle, 1976, blz. 28 e.v.
- Scheltema, M., en Konijnenbelt, W., *De rechtsverwerking in het administratieve recht*, pre-advies uitgebracht door M. Scheltema en W. Konijnenbelt, VAR-geschrift LXXIV, Groningen, 1975.
- Schenk, W., *Het kort geding en zijn toepassing in Nederland*, Deventer, 1976.
- Schipper, G. M. de, 'Politiedwang een probleemgebied', *TvO*, 1976a, blz. 116 e.v.
- Schipper, G. M. de, 'Remedies tegen problemen verbonden aan politiedwang', *TvO*, 1976b, blz. 160 e.v.
- Schroot, J. C., Vliet, M. van, en Wijma, N., *Begrip van de Nederlandse gemeente*, deel 3, Alphen a/d Rijn, 1979 en deel 4, Alphen a/d Rijn, 1980.
- Schuit, S. R., 'Kan de gemeente hinder bestrijden door middel van een privaatrechtelijk geding?', *Men R*, 1974, blz. 113 e.v.
- Simons, D., *Gemeentebedrijven*, Alphen a/d Rijn, 1939.
- Smit, H. J., 'Hoe abstract is een bankgarantie', *WPNR*, 5488, blz. 489 e.v.
- Snijders, H. A. W., *Eerste rapport van het onderzoek naar door de gemeenten ondervonden problemen in het kader van politiedwang*, met bijlagen, Nijmegen, 1979.
- Snijders, H. A. W., *Rapport van het onderzoek naar door de gemeenten ondervonden problemen in het kader van politiedwang*, met bijlagen, Nijmegen, 1980.
- Spier, J., *Overeenkomsten met de overheid*, Deventer, 1981.
- Spier, J., 'Geen geld toch gas? De overheid als leverancier van nutsvoorzieningen',

- Bestuur, Maandblad voor Overheidskunde*, 1982, nr. 2, blz. 4 e.v.
- Spill, F. W. ter, en Tak, A. Q. C., *Onwetmatig bestuur*, pre-advies uitgebracht door F. W. ter Spill en A. Q. C. Tak, VAR-geschrift LXXXVI, Alphen a/d Rijn, 1981.
- Steenbeek, J. G., *Rechtshandeling en rechtsgevolg in het staats- en administratief recht*, Assen, 1958.
- Steenbeek, J. G., *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van de prae-adviezen over politiedwang*, VAR-geschrift XXX.
- Steenbeek, J. G., 'De gevolgen van de vernietiging', *GS*, 6407, blz. 247.
- Steenbeek, J. G., *De Wet AROB*, 's-Gravenhage, 1979.
- Stellinga, J. R., 'Het rapport van de Commissie-De Monchy', *TvO*, 1950, blz. 305 e.v.
- Stellinga, J. R., *Grondtrekken van het Nederlands staatsrecht*, Algemeen gedeelte, en Bevoegdheden en verplichtingen der overheidsorganen, Zwolle, 1953.
- Stellinga, J. R., *Grondtrekken van het Nederlands administratief recht*, met medewerking van B. J. van der Net, Zwolle, 1973.
- Stellinga, J. R., 'Politiedwang of kort geding', *TvO*, 1973, blz. 353 e.v.
- Stellinga, J. R., 'Gevolgen van een vernietiging', *TvO*, 1975, blz. 188 e.v.
- Stellinga, J. R., 'Kan het afsluiten van gas-, water- en electriciteitstoevoer politiedwang zijn?', *TvO*, 1976, blz. 461.
- Stroink, F. A. M., *Het leerstuk der deconcentratie*, 's-Gravenhage (z.j.).
- Stroink, F. A. M., *Rapport inventarisatie deconcentratie*, Zwolle, 1977.
- Stroink, F. A. M., 'Rechtshandeling naar burgerlijk recht en/of Arob-beschikking? (II)', *TvO*, 1979, blz. 423 e.v.
- Tak, A. Q. C., *Overheidsbestuur en privaatrecht*, Alphen a/d Rijn, 1978.
- Tak, A. Q. C., 'Verlies van rechten en bevoegdheden', *GS*, 6391, blz. 81 e.v., en 6392, blz. 91 e.v.
- Tak, P. J. P., 'De strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor de naleving van de technische bouwvoorschriften', *BR*, 1980, blz. 543 e.v.
- Teunissen, J. M. H. F., 'Dwangsom als aanvulling op politiedwang gewenst', *NG*, 1980a, blz. 303 e.v.
- Teunissen, J. M. H. F., 'Uitgebalanceerde regeling van de politiedwang', *NG*, 1980b, blz. 327 e.v.
- Thunissen, F. H. A. M., 'Enkele opmerkingen over de wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen en de verlenging van bouwvergunning', *BR*, 1976, blz. 144 e.v.
- Troostwijk, M., *Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, prae-adviezen uitgebracht door B. de Goede en M. Troostwijk, VAR-geschrift XXXIV, Haarlem, 1956.
- Uden, A. A. S. M. van, 'Illegaal bouwen; Politiedwang met "redelijke termijn"', *BB*, 1982, nr. 18, blz. 17 e.v.
- Vegting, W. G., *Het Algemeen Nederlands Administratief Recht*, eerste deel,

- Alphen a/d Rijn, 1954.
- Veld, J. in 't, 'Sluitstuk administratieve rechtspraak', *TvO*, 1971, blz. 252 e.v.
- De Vereniging van Nederlandse Gemeenten, *Van gemeentewet naar Gemeentewet*, 's-Gravenhage, 1981.
- Vollenhoven, C. van, *Staatsrecht overzee*, Leiden-Amsterdam, 1934.
- Vos, H., 'Herziening van de gemeentewet', *WGB*, 1929, blz. 18.
- Vriens, J. P. A. F., 'Mag gemeentebestuur krakers van gas, water of electriciteit afsluiten?', *TvO*, 1973, blz. 120 e.v.
- Vrij, M. P., *Ter effening*, Groningen, 1948.
- Waard, B. W. N. de, 'Kroniek AROB-jurisprudentie', *TvO*, 1980, blz. 387 e.v.
- Waardenburg, F., 'Bouwen; recht of plicht', *BR*, 1980, blz. 815 e.v.
- Werkgroep Complementair Bestuur, *Eindrapport*, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1980.
- Werkgroep Herziening Gemeentewet, *Eindrapport* van 20 oktober 1980, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1980.
- Werkgroep Politietoezicht Woonwagencentra, *Rapport Politietoezicht Woonwagencentra*, 's-Gravenhage, 1980.
- Wessel, J., *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van de pre-adviezen van Van Angeren en Verduin*, VAR-geschrift LXVIII, Groningen, 1972.
- Wessel, J., 'Recht voor bestuur en beleid', *BR*, 1979, blz. 361 e.v.
- Wijk, H. D. van, 'Strafen politiedwang', *NG*, 1951a, blz. 233 e.v.
- Wijk, H. D. van, 'Straf en politiedwang. Politiedwang tot nakoming van voorwaarden aan een beschikking verbonden', *NG*, 1951b, blz. 349 e.v.
- Wijk, H. D. van, 'Besluiten en handelingen', in de bundel *Besturen met recht*, 's-Gravenhage, 1974, blz. 183 e.v.
- Wijk, H. D. van, *Politiedwang*, prae-adviezen uitgebracht door W. F. Prins en H. D. van Wijk, VAR-geschrift XXIX, Haarlem.
- Wijk, H. D. van, en Konijnenbelt, W., *Hoofdstukken van administratief recht*, 's-Gravenhage, 1979.
- Wijnbergen, S. F. L. Baron van, *Verslag van de algemene vergadering ter behandeling van de prae-adviezen over politiedwang*, VAR-geschrift XXX.
- Zanten, P. van, 'Ongedierte-bestrijding via politiedwang zonder kostenverhaal?', *GS*, 6527, blz. 453 e.v., en 6528, blz. 465 e.v.
- Zanten, P. van, '1. Een tuinmuur in Middelburg wankelde onder de Voorzittershamer', *GS*, 6600, blz. 175 e.v.
- Zanten, P. van, '1. Naar een nieuwe Gemeentewet', *GS*, 6655, blz. 187 e.v.
- Zanten, P. van, 'Kostenverhaal bij politiedwang (Hoge Raad oordeelt anders dan Afdeling rechtspraak)', *GS*, 6675, blz. 363 e.v.
- Zonderland, P., *Het Kort Geding*, Zwolle, 1976.
- Zundert, J. W. van, 'Het imperatief-limitatieve stelsel van art. 48 van de Woningwet', *BR*, 1981, blz. 479 e.v.
- Zundert, J. W. van, 'Het kort geding: EHBO in het bestuursrecht?', *NG*, 1972, blz. 536 e.v.
- Zundert, J. W. van, *Overheidsbestuur en grondeigendom*, Alphen a/d Rijn, 1980.

Zakenregister

Afsluiten van gas, elektriciteit en water: 177 e.v.

Alternatieven voor bestuursdwang: 16, 82, 156 e.v., 165, 175 e.v.

(Ambts)instructie: 73, 158

Autonom(i)e: 25, 39, 68, 50, 44, 62, 63, 111, 141, 51

Belanghebbende: passim

Derde —: 67, 81, 84 e.v., 97, 99

Mede —: 126, 129, 159, 167

—/niet-overtreder: 129 e.v.

Beschikking: passim

Bestuursdwang: passim

Begrip —: 16, 17, 20, 27, 25, 36, 28

Doel van —: 111 e.v., 119, 168, 175

(Grenzen aan de) bevoegdheid tot —: 25 e.v., 40 e.v., 95, 121, 131

(Grenzen aan de rechtmatige) toepassing van —: 105, 140, 145

Overdracht van — bevoegdheid: 39, 40, 47

— bij overtreding van algemeen verbindende voorschriften: 50

— bij overtreding van voorwaarden: 51 e.v.

— en rechterlijk vonnis vooraf: 31 e.v.

— en (preventieve) rechterlijke controle: 31

— en (repressieve) rechterlijke controle: 33, 81, 206

Verplichting tot —: 25 e.v.

— op grond van voorlopige voorziening: 88 e.v.

Woord — (politiedwang): 17

Betreden van terreinen: 141, 142

Boete: 108 e.v., 150

Commissie inzake ABAR: 48, 65

Competentieverdeling: 86, 95 e.v., 101, 102, 205

Contact-ambtenaren: 109 e.v., 120, 158

Derde/niet-overtreder: 142 e.v.

Détournement de pouvoir: 131, 133 e.v., 178, 182, 183

Dwangbevel: 70, 102, 202 e.v., 224

Dwangsom: 34, 82, 85, 162, 163, 168, 177, 188 e.v.

Eigenrichting: 57

Faillissement: 197, 208, 209, 225

Fair play: 100, 102

Gedooftplicht: 98 e.v., 142, 144

Gelijkheid: 26, 102, 131, 134, 138, 140, 165, 193, 203, 204, 208, 218, 220

Gezag dat bestuursdwang toepast:

Burgemeester: 31, 43, 44

Burgemeester en wethouders: 39, 43 e.v.

Commissaris der koningin: 68

Commissies: 39, 40, 43, 45, 46

Gedeputeerde staten: 71

Gemeenteambtenaren: 39, 43, 47

Gemeenteraad: 39, 43, 44

Bij gemeenschappelijke regeling ingesteld orgaan: 48, 49

Minister: 72

Uitvoerend gezag: 36

Herhalingswaarschuwing: 90 e.v.

Injunction: 187, 188

Inschakelen van derden: 23, 164

Kort geding: 13, 33, 34, 35, 81, 87,

- 186 e.v., 84, 95, 96, 177, 210
 Kosten (van bestuursdwang): passim
 Invordering — bij dwangbevel: 202, e.v., 224
 — van opslag en beheer: 206, 210, 211
 Procedure tot invordering van —: 202 e.v.
 Welke — vatbaar voor verhaal: 203 e.v.
 Kostenverhaal: passim
 Aanzegging —: 213 e.v.
 Bevoegdheid tot —: 201 e.v.
 Geoorloofdheid van —: 95, 204, 207, 214
 — bij ongediertebestrijding: 212 e.v.
 Verplichting tot —: 201 e.v. 224
- Lijfswang: 195 e.v.
- Mandaat: 47, 48
 Medebewind: 25, 44, 51, 68, 69, 71, 141, 166
 Motivering: 124, 132, 134, 138
- Opgewekte verwachtingen: 66, 67, 132, 133, 137
 Opslag van goederen: 152 e.v., 172 e.v. 206, 210 e.v.
 Opsporing: 115, 147, 157 e.v.
 Overtreder: passim
 —/enig-belanghebbende: 129, 130
 —/mede-belanghebbende: 130
- Parate executie: 209, 210 e.v., 224
 Politiedwang: passim
 Posterijen: 23, 148, 149, 168
 Preventief optreden: 20 e.v.
 Preventieve waarschuwing: 25, 95
 Privilege: 209, 225
 Proportionaliteit: 145, 182, 195
- Rechtsbescherming: passim
 — door burgerlijke rechter: 76 e.v., 105, 206
 — door (vz) Afdeling Rechtspraak: 76 e.v., 89, 193, 206
 Rechtsstaat: 34, 57
 Rechtsverwerking: 133, 137, 139
 Rechtszekerheid: 48, 60, 66, 83, 99, 102, 123, 124, 125, 137 e.v., 193, 225
- Rechtvaardigingsgrond: 116, 117, 200, 219, 225, 226
 Retentie: 209, 211, 224
 Rolconflict: 157, 114
- Schorsing: passim
 Schulduitsluitingsgrond: 116, 117, 200, 219, 225, 226
 Sluiting: 22, 36, 150 e.v., 155, 161, 163, 168, 169
 Sterke arm: 35, 98
 Straf: passim
 Preventieve werking van — sancties: 107 e.v.
 Verhouding toepassing bestuursdwang en -sancties: 111, e.v., 185
 Subsidiariteit: 145, 191, 196
- Terme de grâce: 129, 130
 Termijn: passim
 — gelegen tussen waarschuwing en uitspraak rechter: 86, 103
 — gelegen tussen constatering overtreding en toepassing bestuursdwang: 132, e.v.
 — te noemen in waarschuwing: 124
 Terugwerkende kracht: 63
 Toezicht: passim
 Bestuurlijk —: 62 e.v.
 Binnengemeentelijk —: 74, e.v.
 Preventief —: 62 e.v.
 Repressief —: 63 e.v.
 — bij taakverwaarlozing: 62, 68 e.v.
 Tripartite overleg: 119
- Vernietiging van voorwerpen: 209, 211, 224
 Verzegelen: 150, 161, 168
 Verzet: passim
 Schorsende werking van —: 208, 210, 224
 Voorbereidingshandeling: 77, 147, 148, 204, 207
 Voorlopige voorziening: passim
 — inhoudende bestuursdwang toe te passen: 82, 88 e.v.
 — inhoudende een waarschuwing te zenden: 82, 89 e.v.
 — inhoudende hangende de procedure geen kosten in rekening te brengen: 212, 221 e.v.

Waarborgsom: 177, 182 e.v., 188, 232

Waarschuwing: passim

Besluit waarbij — gehandhaafd of geweigerd blijft: 91

Herinnering aan —: 91

Inhoud van —: 122 e.v.

Tijdige —: 122 e.v., 139

— gericht tot belanghebbende: 126 e.v.

Willekeur: 22, 131 e.v., 138, 139, 145, 165, 171, 183, 216, 219, 226

Zekerheidsstelling: 183, 223, 224

Zorgvuldigheid: 77, 132, 133, 135 e.v., 145, 205

1 In deze studie is weergegeven, hoe de huidige regeling van de bevoegdheid van het gemeentebestuur om bestuursdwang toe te passen, functioneert als burgers een bestuursrechtelijk voorschrift overtreden. Daarbij zijn onder andere aan de orde gekomen de problemen die gemeenten kunnen ondervinden en de grenzen die zij in acht moeten nemen, als bestuursdwang kan worden uitgeoefend. Het toezicht op, de rechtsbescherming tegen en het kostenverhaal ter zake van dat sanctiemiddel zijn eveneens bij het onderzoek betrokken. Getracht is, aan te geven hoe een en ander in het toekomstige recht zou moeten worden geregeld.

2 Geconstateerd is, dat het woord politiedwang aanleiding geeft tot misverstanden over de juiste betekenis van het begrip van dit sanctiemiddel, en dat het gebruik van de term bestuursdwang daarom aanbeveling verdient. Na een kritische analyse van de literatuur en de jurisprudentie over de omschrijving van bestuursdwang, is het begrip omschreven als: een feitelijk optreden, desnoods met geweld, door het uitvoerende gezag, tegen een toestand die ontstaan is of dreigt te ontstaan doordat staatsburgers de hun opgelegde verplichtingen niet nakomen, tot welk optreden het uitvoerende gezag bevoegd is zonder dat een voorafgaand rechterlijk vonnis is vereist.

3 Over de vraag, welke organen van het gemeentebestuur omtrent bestuursdwang kunnen besluiten, is vermeld dat de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, besloten ligt in de bevoegdheid tot uitvoering van wettelijke voorschriften. In concreto kan daarom, afhankelijk van de desbetreffende wetteksten, de Gemeenteraad, het College van Burgemeester en Wethouders, de Burgemeester, een commissie of een ambtenaar tot toepassing van bestuursdwang besluiten. Voor het toekomstige recht ware een regeling te ontwerpen, die het gebruikmaken van die bevoegdheid door genoemde organen, behalve de Gemeenteraad, niet uitsluit.

4 Onduidelijkheid bestaat over de kwestie, ten aanzien van welke bestuursrechtelijke verplichtingen bestuursdwang mag worden toegepast. Geconcludeerd is, dat de bevoegdheid daartoe in principe bestaat bij zowel alle algemeen verbindende voorschriften als bij voorwaarden, voor zover de gemeentebesturen met het toezicht op de naleving daarvan zijn belast. Om wille van de duidelijkheid ware dit in het toekomstige recht vast te leggen.

5 Op de uitoefening van de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen, bestaat momenteel slechts zelden preventief toezicht. Zo'n toezicht is in het algemeen ook niet gewenst. Repressief toezicht door de Kroon is er wel. In dit kader is overigens de opvatting, dat - na vernietiging van een begunstigende beschikking - bestuursdwang in het algemeen mogelijk zou (moeten) zijn, bekritiseerd.

De toezichtsregelen bij verwaarlozing van autonome en medebewindstaken gelden ook ten aanzien van de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen. Bij medebewindstaken kan uiteindelijk de Commissaris der Koningin optreden. Deze regeling behoeft enige verbetering.

Voorts bestaat er binnengemeentelijk toezicht.

6 De huidige rechtsbescherming tegen bestuursdwang is sterk verbrokkeld en functioneert ook om andere redenen niet geheel bevredigend. Naar toekomstig recht zal ter zake een goede competentieverdeling tussen de AROB-rechter en de burgerlijke rechter moeten worden getroffen. Het is wenselijk, dat de AROB-rechter alle gevallen van voorgenomen en toegepaste bestuursdwang kan beoordelen.

Bovendien zal de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State een genuanceerder beleid moeten voeren bij een verzoek om een schorsing uit te spreken of om een voorlopige voorziening te treffen. Ook is de jurisprudentie ten aanzien van een 'herhalingswaarschuwing' en van de waarschuwing die uitsluitend ter uitvoering van een voorlopige voorziening is gedaan, aan kritiek onderworpen.

Voorts verdient het in verband met geconstateerde problemen aanbeveling, dat de gemeente om een 'onverwijld beslissing' kan vragen als de voorgenomen bestuursdwang in rechte wordt aangevochten.

7 Het verschil tussen bestuursdwang en straf is gelegen in het doel van die sanctiemiddelen en in de instanties die ze kunnen toepassen. Bestuursdwang ziet op het veiligstellen van het door het bestuur te be-

hartigen openbaar belang; straf richt zich, met een strafrechtelijk doel, tot de dader om hem in zijn vermogen, eer of vrijheid te 'treffen'. Hieruit volgt, dat strafuitsluitingsgronden en andere factoren die het ontstaan van het recht tot strafvordering opschorten of het recht daartoe doen vervallen, geen absolute belemmering vormen om bestuursdwang uit te oefenen.

In een aantal gevallen komt bij de handhaving van het bestuursrecht strafrechtelijk optreden in aanmerking. Ten behoeve hiervan zijn onder andere een betere coördinatie tussen en uitgebreider overleg met het gemeentebestuur en het Openbaar Ministerie nodig, moet de preventieve werking van de sancties van het strafrecht verbeterd worden en dienen de korte verjaringstermijnen herzien te worden. De instelling van een instituut van contact-ambtenaren ten behoeve van de opsporing, vervolging en berechting van bestuursrechtelijke delicten verdient aanbeveling.

8 Aan bestuursdwang zijn grenzen gesteld. Deze grenzen kunnen worden verdeeld in grenzen aan de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen en grenzen aan de toepassing van bestuursdwang zelf. Deze grenzen kunnen weer onderverdeeld worden in grenzen van geschreven en ongeschreven recht. Daarnaast zijn er bij de toepassing van bestuursdwang praktische grenzen.

Ten aanzien van de grenzen van geschreven en ongeschreven recht aan de bevoegdheid is met name de jurisprudentie van de AROB-rechter geïnventariseerd. Daaruit zijn diverse conclusies getrokken, onder andere wat betreft de inhoud, tijdige verzending en adressering van de waarschuwing, alsook de eisen die formeel of inhoudelijk aan het besluit om bestuursdwang toe te passen, worden gesteld. Verder is voor het toekomstige recht een verbetering voorgesteld met betrekking tot het wettelijk vereiste van een schriftelijke waarschuwing voor de belanghebbende/niet-overtreder.

Aangaande de grenzen die aan de toepassing van bestuursdwang zijn gesteld, is er onder meer voor gepleit, de bevoegdheid tot het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner in één regeling onder te brengen, ongeacht of het binnentreden gebeurt in het kader van autonomie of medebewind. Voorts dient in de toekomst het betreden van terreinen van derden - gelimiteerd en op kosten van de overtreder - mogelijk te zijn.

Er zijn vele praktische grenzen geconstateerd. Voor sommige problemen is een oplossing mogelijk binnen het huidige recht. Andere problemen nopen tot een verbetering van de geldende wettelijke voor-

schriften. Zo is onder andere gewenst, dat bij de toepassing van bestuursdwang een met rechtsgevolgen geregelde verzegeling van gebouwen, terreinen en voorwerpen mogelijk wordt gemaakt, dat de bijzondere wetten kritisch worden gezien op de controleerbaarheid van verplichtingen, op de mogelijkheid om met bestuursdwang het met de verplichtingen beoogde doel te bereiken en om voorwerpen uit inrichtingen te kunnen verwijderen, en dat een adequate regeling wordt ontworpen met betrekking tot het meevoeren en opslaan van goederen.

9 Ter oplossing van de geconstateerde problemen bij bestuursdwang is, naast de voorgestelde verbeteringen van de bestuursdwangregeling, een alternatief sanctiemiddel gewenst voor die gevallen, waarin bestuursdwang in redelijkheid niet kan worden toegepast dan wel als ondeugdelijk middel moet worden beschouwd.

Het afsluiten van gas, elektriciteit en water is naar heersende opvattingen niet mogelijk en komt als alternatief voor het toekomstige recht ook niet in aanmerking, omdat afsluiting in beginsel buitenproportioneel is met betrekking tot overtreding van bestuursrechtelijke voorschriften. Bovendien handelt de overheid vanuit een monopoliepositie, die slechts ten behoeve van de belangen van de openbare nutsvoorziening in het leven is geroepen.

Het opleggen van een waarborgsom, het gebruikmaken van strafrechtelijke dwangmiddelen, het voeren van een kort geding door de overheid tegen de overtreder en de 'injunction' komen om (deels) uiteenlopende redenen evenmin als alternatief in aanmerking.

Een geschikt instrument is wel een wettelijk gelimiteerde dwangsom, op te leggen door en te verbeuren aan het gemeentebestuur. Op de hantering van dat instrument dient de AROB-rechter toe te zien, terwijl de invordering van het geldbedrag ware te regelen op de wijze die geldt voor de kosten van bestuursdwang.

10 De huidige kostenverhaalsregeling dient in grote lijnen te worden gecontinueerd. In verband met daarbij geconstateerde problemen zijn er wel enige verbeteringen voorgesteld. Zo dient verduidelijkt te worden, dat alle in redelijkheid gemaakte kosten kunnen worden ingevorderd, en moet bepaald worden, dat de kosten van bestuursdwang die op het nippertje geen doorgang behoefde te vinden, verhaalbaar zijn op de overtreder. Verder waren de kosten van bestuursdwang te bevoorrechten, dient de schorsende werking van verzet te kunnen worden opgeheven en zouden aan de gemeentebesturen de rechten van reentie en parate executie en het recht tot vernietiging van meegevoerde

goederen moeten worden toegekend.

Ook verdient het aanbeveling, te regelen dat de overtreder de kosten van bestuursdwang in beginsel niet verschuldigd is, indien hij een schulduitsluitings- of rechtvaardigingsgrond heeft ten aanzien van de niet-nakoming van de verplichting.

Enkele uitspraken van de AROB-rechter en de Hoge Raad ter zake van de geoorloofdheid van het kostenverhaal, onder andere indien met bestuursdwang ongedierte is bestreden, zijn bekritiseerd.

Zusammenfassung

Gemeinden und 'Bestuursdwang'

(Ersatz- und Selbstvornahme):

1 In dieser Studie wird wiedergegeben, wie die heutige Regelung des Rechtes des Gemeindevorstandes, 'Bestuursdwang' anzuwenden, funktioniert, wenn Bürger gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften verstossen. Dabei werden unter anderm die Probleme behandelt, mit denen die Gemeinden konfrontiert werden, und die Grenzen aufgezeigt, die sie beachten müssen, wenn 'Bestuursdwang' angewendet werden kann. Es werden darin auch die Aufsicht über dieses Zwangsmittel, der Rechtsschutz dagegen, sowie der Kostenerstattungsanspruch behandelt. Es ist ferner versucht worden, aufzuzeigen, wie dies im künftigen Recht geregelt werden müsste.

2 Es ist festgestellt worden, dass das Wort 'Politiedwang' missverständlich ist und dass sich daher der Ausdruck 'Bestuursdwang' empfiehlt. Nach einer kritischen Analyse der Literatur und der Rechtsprechung über die Auslegung des Begriffes 'Bestuursdwang', wird dieser beschrieben als ein faktisches - notfalls gewaltsames - Vorgehen der exekutiven Gewalt gegen einen Zustand, der entstanden ist oder zu entstehen droht, wenn Staatsbürger die ihnen auferlegten Verpflichtungen nicht nachkommen, wozu die exekutive Gewalt berechtigt ist, ohne dass es einer vorhergehenden richterlichen Entscheidung bedarf.

3 Über die Frage, welche Organe des Gemeindevorstandes über den 'Bestuursdwang' entscheiden können, wird ausgeführt, dass das Recht zur Durchführung gesetzlicher Vorschriften das Recht, 'Bestuursdwang' anzuwenden, beinhaltet. Im Einzelfall kann daher, je nach der entsprechenden gesetzlichen Regelung der Gemeinderat, das Magistratskollegium, der Bürgermeister, ein Ausschuss oder ein Beamter über die Anwendung von 'Bestuursdwang' entscheiden. Für das künftige Recht wäre eine gesetzliche Regelung zu entwerfen, die die Anwendung dieses Rechtes durch die genannten Organe, mit Ausnahme des Gemeinderates, nicht ausschliesst.

4 Unklarheit besteht über die Frage, bei welchen verwaltungsrechtlichen Verpflichtungen 'Bestuursdwang' angewendet werden darf. Es wird die Schlussfolgerung gezogen, dass das Recht dazu grundsätzlich, sowohl bei allen allgemein verbindlichen Vorschriften, als auch bei Auflagen besteht, soweit die Gemeindevorstände für die Aufsicht über ihre Einhaltung zuständig sind. Aus Gründen der Klarheit wäre dies im künftigen Recht festzulegen.

5 Über die Entscheidung, 'Bestuursdwang' anzuwenden, besteht derzeit nur selten eine präventive Aufsicht. Eine solche Aufsicht ist im allgemeinen auch nicht erwünscht. Es gibt jedoch eine repressive Aufsicht durch die Krone. In diesem Rahmen ist übrigens die Auffassung, dass - nach Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes durch die Krone - 'Bestuursdwang' überhaupt möglich wäre, kritisiert worden.

Die Aufsichtsvorschriften bei Vernachlässigung der Aufgaben der Selbstverwaltung ('Autonomie') und Auftragsverwaltung ('Medebewind') gelten auch für das Recht, 'Bestuursdwang' anzuwenden. Bei 'Medebewinds'-Aufgaben kann letzten Endes der Kommissar der Königin einschreiten. Diese Regelung bedarf der Verbesserung. Ausserdem gibt es innergemeindliche Aufsicht.

6 Der heutige Rechtsschutz gegen 'Bestuursdwang' ist stark zersplittert und funktioniert auch aus anderen Gründen nicht ganz zufriedenstellend. Nach künftigem Recht wird insoweit eine ausgewogene Kompetenzverteilung zwischen dem AROB-Richter und dem Zivil-Richter zu treffen sein. Es ist wünschenswert, dass der AROB-Richter über alle Fälle von angedrohtem und angewandtem 'Bestuursdwang' entscheiden kann.

Ausserdem wird der Vorsitzende der 'Abteilung Rechtsprechung' des Staatsrates bei einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mehr differenzieren müssen. Auch ist die Rechtsprechung hinsichtlich einer wiederholten Androhung und der Androhung, die ausschliesslich zur Vollstreckung einer einstweiligen Anordnung erfolgt ist, der Kritik unterworfen.

Ferner empfiehlt es sich, mit Rücksicht auf festgestellte Probleme, dass der Gemeindevorstand einen Antrag auf eine 'unverzügliche Entscheidung' stellen kann, wenn der angedrohte 'Bestuursdwang' gerichtlich angefochten wird.

7 Der Unterschied zwischen 'Bestuursdwang' und Strafe liegt ein-

mal in dem Zweck dieser Zwangsmittel und zum andern bei den Instanzen, die diese Mittel anwenden können. 'Bestuursdwang' dient der Wahrung des von der Verwaltung zu vertretenden öffentlichen Interesses; die Strafe wendet sich mit einem strafrechtlichen Zweck an den Täter, um ihn in seinem Vermögen, seiner Ehre oder seiner Freiheit zu treffen. Daraus folgt, dass die Gründe, die die Rechtswidrigkeit und die Schuld ausschliessen, sowie andere Gründe, die das Recht zur Strafverfolgung aussetzen oder ausschliessen, keine absoluten Grenzen bilden, 'Bestuursdwang' anzuwenden.

In einigen Fällen kommt strafrechtliches Einschreiten bei der Wahrung des Verwaltungsrechts in Betracht. Daher wäre unter anderm eine bessere Zusammenarbeit und eingehendere Besprechungen zwischen dem Gemeindevorstand und der Staatsanwaltschaft erforderlich, müssten die präventive Kraft der Zwangsmittel des Strafrechts verbessert und die kurzen Verjährungsfristen geändert werden. Die Einrichtung eines Gremiums für Kontaktbeamten zur Ermittlung, Verfolgung und Aburteilung verwaltungsrechtlicher Delikten empfiehlt sich.

8 Dem 'Bestuursdwang' sind Grenzen gesetzt. Diese Grenzen können eingeteilt werden in Grenzen des Rechts, 'Bestuursdwang' anzuwenden, und Grenzen der Anwendung des 'Bestuursdwang' selbst. Sie können ferner unterteilt werden in Grenzen des geschriebenen und des ungeschriebenen Rechts. Daneben gibt es bei der Ausübung des 'Bestuursdwang' praktische Grenzen.

Hinsichtlich der Grenzen des geschriebenen und des ungeschriebenen Rechts, 'Bestuursdwang' anwenden zu dürfen, ist vor allem die Rechtsprechung des AROB-Richters inventarisiert worden. Aus dieser Inventarisierung sind verschiedene Schlussfolgerungen gezogen worden, unter anderm was den Inhalt, die rechtzeitige Absendung und die Adressierung der Androhung, sowie die Voraussetzungen betrifft, die formell oder materiell an die Entscheidung, 'Bestuursdwang' anzuwenden, gestellt werden. Weiterhin wird für das künftige Recht eine Verbesserung der gesetzlichen Voraussetzungen für eine schriftliche Androhung an den Betroffenen/Nicht-Pflichtigen vorgeschlagen.

Hinsichtlich der Grenzen, die der Anwendung von 'Bestuursdwang' gesetzt sind, wird unter anderm dafür plädiert, das Recht zum Eindringen in eine Wohnung gegen den Willen des Inhabers in einer einzigen gesetzlichen Bestimmung zu regeln ungeachtet ob das Eindringen im Rahmen der 'Autonomie' oder 'Medebewind' geschieht.

Ferner empfiehlt es sich, in Zukunft das Betreten von Grundstücken Dritter - gesetzlich begrenzt und auf Kosten des Pflichtigen - zu ermöglichen.

Es sind viele praktische Grenzen festgestellt worden. Einige Probleme können nach heutigem Recht gelöst werden. Andere Probleme erfordern eine Verbesserung der geltenden gesetzlichen Bestimmungen. So ist es unter anderm wünschenswert, dass bei der Anwendung von 'Bestuursdwang' eine strafrechtlichen Schutz genießende Siegelung von Gebäuden, Grundstücken und Sachen ermöglicht wird, dass die einzelnen Gesetze einer kritischen Prüfung unterzogen werden, was die Kontrollierbarkeit der Pflichten, was die Möglichkeit, das mit den Pflichten bezweckte Ziel mit 'Bestuursdwang' zu erreichen, und was die Entfernung von Gegenständen aus Gebäuden usw. betrifft, und dass eine ausgewogene Regelung für das Mitnehmen und Lagern von Sachen entworfen wird.

9 Zur Lösung der festgestellten Probleme beim 'Bestuursdwang' ist, ausser den vorgeschlagenen Verbesserungen der 'Bestuursdwang'-Regelung, für die Fälle ein alternatives Zwangsmittel erwünscht, in denen 'Bestuursdwang' vernünftigerweise nicht angewendet werden kann, oder wenn er als untaugliches Mittel angesehen werden muss.

Das Absperren von Gas, Elektrizität und Wasser ist nach herrschender Meinung nicht möglich und kommt als Alternative für das künftige Recht auch nicht in Betracht, da das Absperren grundsätzlich in keinem Verhältnis zu dem Verstoß gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften steht.

Ausserdem handeln die Behörden aus einer Monopolstellung heraus, die nur im Interesse der öffentlichen Versorgung ins Leben gerufen worden ist.

Die Auflage einer Kautions, die Anwendung strafrechtlicher Zwangsmittel, ein Verfahren auf Erlangung einer einstweiligen Verfügung, das von der Behörde bei dem Gerichtsvorsitzenden des Zivilgerichts beantragt wird, und die 'Injunktion' kommen wegen (teils) auseinanderlaufender Gründe auch nicht als Alternative in Betracht.

Ein geeignetes Instrument ist jedoch ein gesetzlich beschränktes Zwangsgeld, das vom Gemeindevorstand festgesetzt wird und ihm verfällt. Über die Anwendung dieses Instruments muss der AROB-Richter achten, während die Beitreibung des Zwangsgeldes nach den Vorschriften zu regeln wäre, die für die Kosten des 'Bestuursdwang' gelten.

10 Die heutige Kostenerstattungsregelung muss in groben Umrissen beibehalten werden. Da dabei jedoch Probleme festgestellt wurden, werden einige Verbesserungen vorgeschlagen. Zum Beispiel muss deutlich gemacht werden, dass alle rechtmässig entstandenen Kosten beigetrieben werden können, und muss bestimmt werden, dass die Kosten des 'Bestuursdwang', der im letzten Augenblick nicht mehr erforderlich wurde, vom Pflichtigen beigetrieben werden können. Weiterhin wären die Kosten des 'Bestuursdwang' als bevorrechtigt einzustufen, sollte die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels 'Verzet' aufgehoben werden können und sollte dem Gemeindevorstand das Zurückbehaltungsrecht, das Recht der unmittelbaren Verwertung und das Recht zur Vernichtung der mitgenommenen Sachen zugebilligt werden müssen.

Auch empfiehlt sich die Regelung, dass der Pflichtige die Kosten des 'Bestuursdwang' grundsätzlich nicht schuldet, wenn ihm bei Nichterfüllung der Verpflichtung ein Grund, der die Rechtswidrigkeit oder die Schuld ausschliesst, zustand.

An einigen Entscheidungen des AROB-Richters und des 'Obersten Gerichts' hinsichtlich der Kostenerstattung, unter anderm wenn mit 'Bestuursdwang' Ungeziefer bekämpft wurde, ist Kritik geübt worden.

Curriculum vitae

- 1948 Geboren te Tegelen.
- 1969 - 1971 Medewerker afdeling Algemene Zaken Gemeentesecretarie Tegelen.
- 1971 - 1976 Medewerker afdeling Algemene Zaken Gemeentesecretarie Elst.
- 1976 Doctoraal-examen in de Nederlandse rechtsgeleerdheid aan de Katholieke Universiteit van Nijmegen.
- 1976 - heden Wetenschappelijk medewerker aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de juridische faculteit van de Katholieke Universiteit van Nijmegen.

Stellingen behorende bij het proefschrift
'Gemeenten en bestuursdwang' van H.A.W. Snijders

1. De dwangsom is bij overtreding door burgers van bestuursrechtelijke voorschriften bestuursrechtelijk gezien een geschikt instrument om als alternatief sanctiemiddel te dienen voor die gevallen, waarin bestuursdwang in redelijkheid niet kan worden toegepast of als ondeugdelijk middel moet worden beschouwd.
2. Het verdient aanbeveling een wettelijke regeling te ontwerpen voor de benoeming van contactambtenaren ten behoeve van de opsporing, vervolging en berechting van bestuursrechtelijke delicten.
3. Preventieve bestuursdwang is - anders dan de Voorzitter van de Afdeling Rechtspraak (bijv. uitspraak d.d. 11 maart 1980, AB 1980, 449) meent - volgens de wet mogelijk en praktisch onmisbaar.
4. Tot de bijzondere colleges, bij artikel 1 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie vermeld, behoort onder andere de AROB-rechter. Hieruit volgt, dat de Hoge Raad ter eerste instantie over alle jurisdictiegeschillen oordeelt tussen de Hoge Raad, een gerechtshof, een rechtbank of een kantongerecht ter ene, en de AROB-rechter ter andere zijde (artikel 88, eerste lid, sub 4⁰). Aangezien het bij deze jurisdictiegeschillen gaat over geschillen tussen twee rechtsprekende overheidsinstanties, dient ten behoeve van een goede rechtsbescherming van de burger geregeld te worden, dat de kosten van procureurstelling altijd ten laste komen van de Staat.
5. Slechts op grond van krachtige argumenten kan op besluiten van gemeentebesturen, naast het algemene repressieve toezicht van de Kroon, aanvullend toezicht worden geaccepteerd.
6. Het feit, dat er in Nederland relatief weinig commissies, als bedoeld in artikel 61, van de Gemeentewet, zijn, aan wie andere dan adviserende bevoegdheden zijn toegekend, wordt niet veroorzaakt door de daarvoor geldende wettelijke bepalingen.

7. Bezien vanuit een oogpunt van rechtszekerheid stelt de Werkgroep Herziening Gemeentewet in haar Eind-rapport van 20 oktober 1980 terecht voor om in de Gemeentewet te bepalen, dat een besluit, dat geschorst is geweest, niet meer vernietigd kan worden.
8. Alvorens de regering voorstellen gaat doen om de Wet AROB op incidentele punten ingrijpend te herzien verdient het aanbeveling, dat zij een rechtsvergelijkend onderzoek laat instellen naar de gang van zaken bij de algemeen administratieve rechtspraak in nabuurlanden, waar zo'n rechtspraak een reeds lang bekend verschijnsel is.
9. Het houden van seminars is uit een oogpunt van kosten-/batenanalyse voor de organisatoren vaak aantrekkelijker dan voor de deelnemers.
10. Het aanvangsalaris van wetenschappelijke medewerkers in het staats- en bestuursrecht laat niet toe, dat deze zich abonneren op alle belangrijke literatuur, die op hun vakgebied verschijnt. Het verdient daarom aanbeveling, dat de universiteit de kosten van die abonnementen voor haar rekening neemt.
11. Als het waar is, dat de V.V.D. haar stemmenwinst de laatste jaren te danken heeft aan de heer H. Wiegel, dan zou zijn benoeming in april 1982 tot Commissaris van de Koningin in Friesland door de linkse partijen uit partij-politieke overwegingen met gejuich hebben moeten zijn ontvangen.
12. Het gebruik door verslaggevers van voetbalwedstrijden van woorden als: kromme, hoge, lage, lange, korte, zachte en scherpe ballen, betekent meestal niet dat de voetbal niet voldoet aan de daarvoor gestelde vereisten.

1 mei 1982

